



Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito  
Curso de Graduação em Direito

ÁTALO FERNANDES DE ARAÚJO PESSOA JUNIOR

**Uma análise sobre a constitucionalidade da restrição  
da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à  
criança.**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Brasília  
2017

ÁTALO FERNANDES DE ARAÚJO PESSOA JUNIOR

**Uma análise sobre a constitucionalidade da restrição  
da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à  
criança.**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília — UnB.

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto

Brasília  
2017

## Agradecimentos

Toda conquista se dá pela convergência de esforços mútuos que permitem alcançar determinado objetivo.

Assim, agradeço à minha mãe, Solange, pelo exemplo diário de dedicação, honradez e pelo amor incondicional. Ao meu pai por todo o apoio. À minha irmã, Sofia, pelo seu otimismo e por acreditar que sempre posso chegar mais longe. Aos meus tios e tias, em especial Tia Lu e Tio Marcos que foram verdadeiros pais para mim durante esse ciclo. Agradeço também à Lidiana pelo carinho e companheirismo, e aos meus amigos de Teresina e de Brasília por todos os momentos de alegria e experiências compartilhadas. Cada um de vocês se faz sempre presente em mim e contribuiu de alguma maneira para a elaboração deste trabalho. Muito obrigado.

*"We are visitors on this planet. We are here for ninety, or a hundred years at the very most. During that period we must try to do something good, something useful with our lives. Try to be at peace with yourself and help others share that peace. If you contribute to other people's happiness, you will find the true goal, the true meaning of life."*

*-Dalai Lama XIV*

## Resumo

Esta monografia tem como objetivo analisar um tema que apresenta grande relevância nas discussões jurídicas sobre os direitos da criança à alimentação e à saúde hoje no Brasil: “a constitucionalidade da restrição da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança”. O debate sobre a questão tem sido cada vez maior por conta da atividade publicitária que se utiliza de técnicas persuasivas e impositivas direcionadas às crianças que são hipervulneráveis frente a essa prática. A análise do tema gira em torno da verificação da constitucionalidade de uma possível restrição à publicidade infantil dos chamados alimentos ultraprocessados, sob os pontos de vista da doutrina, legislação e jurisprudência. Efetuou-se a análise de três importantes paradigmas jurisprudenciais a respeito do assunto e observou-se a condição de que em breve o Supremo Tribunal Federal deve se posicionar sobre essa delicada questão. Provavelmente, a solução do debate irá determinar que diretrizes devem ser seguidas pela indústria de alimentos ao se dirigir ao público infantil. Este trabalho analisa alguns dados e contrapõe alguns argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade dessa possível restrição, observando quais critérios deverão estar presentes para a constitucionalidade dessa medida. A conclusão é a de que uma medida restritiva nesse sentido é constitucional se forem observados no caso concreto os critérios de forma, competência e proporcionalidade.

Palavras-chave: Publicidade Infantil. Alimentos não nutritivos. Restrição. Constitucionalidade.

## Abstract

This essay has the purpose of reviewing a subject that contains big relevance on the judicial agenda about children's rights to food and healthy on today's Brazil: "the constitutionality of limiting the advertising to children of unhealthy foods". The debate about this matter becomes even bigger because of the advertising performance that uses persuasion tactics and prescriptive strategies aimed to fragile children on this scenario. The review of this subject concerns about the verification of constitutionality to the possible limiting on unhealthy food advertising looking for children, based on doctrine, legislation and national case law. Three meaningful cases on this scope were analysed and we realize that Federal Supreme Court will pronounce judgement soon of this fine question. Probably, the settlement of this debate will dictate policies to be pursued by the food companies in order to communicate properly with children. This research analyzes some data and put on fight some arguments in favor and against the constitutionality of this possible limitation, always noticing the criteria should be present to configure the constitutionalisation of this action. The conclusion is that a limiting action on this way is constitutional if observes on real case the legal channel, competency and proporcionality.

Key words: Advertising to children. Unhealthy food. Limiting. Constitutionality.

## Lista de abreviaturas e siglas

ABIR	Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e Bebidas não Alcoólicas
CBARP	Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CONANDA	Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
MPE/SP	Ministério Público do Estado de São Paulo
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

## Sumário

	<b>INTRODUÇÃO . . . . .</b>	<b>8</b>
<b>1</b>	<b>O PROBLEMA DA PUBLICIDADE INFANTIL DE ALIMENTOS NÃO NUTRITIVOS. . . . .</b>	<b>11</b>
1.1	A publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança, o consumismo e a obesidade infantil. . . . .	11
1.2	A publicidade infantil no ordenamento jurídico brasileiro. . . . .	22
1.3	Contraposição dos direitos fundamentais relacionados à publicidade infantil de alimentos não nutritivos . . . . .	33
<b>2</b>	<b>ALGUNS CASOS RELEVANTES NA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A PUBLICIDADE INFANTIL ABUSIVA DE ALIMENTOS NÃO NUTRITIVOS . . . . .</b>	<b>39</b>
2.1	Caso “Coca-Cola” - Apelação nº 0125013-34.2008.8.26.0000 - Tribunal de Justiça de São Paulo . . . . .	39
2.2	Caso “McDonald’s” - Apelação nº 0018234-17.2013.8.26.0053 - Tribunal de Justiça de São Paulo . . . . .	43
2.3	Caso “Bauducco” - Recurso Especial nº 1.556.086/SP - Superior Tribunal de Justiça . . . . .	47
<b>3</b>	<b>A CONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO DA PUBLICIDADE DE ALIMENTOS NÃO NUTRITIVOS DIRIGIDA À CRIANÇA . . . . .</b>	<b>52</b>
3.1	A adequação da restrição da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida ao público infantil como meio viável para a diminuição dos impactos causados. . . . .	52
3.2	A necessidade de restrição da publicidade infantil de alimentos não nutritivos. . . . .	54
3.3	A proporcionalidade em sentido estrito de uma restrição à publicidade de alimentos não nutritivos dirigida ao público infantil. . . . .	57
	<b>CONCLUSÃO . . . . .</b>	<b>59</b>
	<b>REFERÊNCIAS . . . . .</b>	<b>63</b>



## INTRODUÇÃO

A sociedade está sempre em evolução. Quando se lança o olhar para a história da humanidade, percebe-se que as relações interpessoais e a interação do ser humano com a natureza se tornam cada vez mais complexas ao longo do tempo. É dentro desse emaranhado de alterações do próprio comportamento humano, e consequentemente da sociedade, que reside o surgimento das novas ideias, técnicas e hábitos que buscam melhorar de alguma forma a situação preexistente, como foi a escrita, a agricultura e mais recentemente a internet, por exemplo.

O comércio, ainda na antiguidade, foi uma dessas novas ideias que surgiu e modificou para sempre a forma dos indivíduos se relacionarem. Ele foi o responsável por permitir que pessoas de algumas civilizações tivessem a oportunidade de consumir produtos dos quais não tinham sequer conhecimento ou não possuíam a habilidade necessária para produzi-los.

A partir disso, com o crescimento e desenvolvimento das sociedades, constantes modificações e melhorias foram sendo introduzidas na forma de realizar comércio, tornando-o cada vez mais competitivo. Nesse contexto, um dos mecanismos empreendidos pelos comerciantes para sobreviverem e conseguirem melhores resultados em meio a um mercado mais acirrado foi a criação da publicidade.

Com a chegada da industrialização e o aumento da produção dos bens houve a necessidade de se aumentar também o consumo, e para isso, a realização de uma atividade publicitária mais impositiva e persuasiva foi imprescindível, deixando de lado seu caráter meramente informativo e passando a exercer o papel de inserir na sociedade novas necessidades<sup>1</sup>. (MUNIZ, 2004, p. 2)

Do outro lado dessa relação encontra-se o consumidor, ele é o destinatário final de toda essa estratégia publicitária impositiva e persuasiva. Soma-se a isso o fato dos meios de comunicação atualmente conseguirem abranger enormes áreas e veicularem informação de maneira rápida, acessível e para todos os tipos de público.

Principalmente nas últimas duas décadas, a tecnologia da informação transformou drasticamente os meios de comunicação e a cultura midiática, fornecendo um fluxo constante de material por meio dos mais diversos canais. Dessa maneira, cada vez mais pessoas têm acesso a uma enorme gama de conhecimentos e informações

---

<sup>1</sup> “Benwell e Stokoe (2006) reforçam que essa concepção negativa de comoditização e de consumo advém da perspectiva crítica da Escola de Frankfurt que, pautando-se na crítica da cultura de massa, dá origem à noção de “indústria cultural”, na qual o consumidor é visto como um brinquedo passivo, manipulado pela publicidade que, por sua vez, gera falsas necessidades.”(LIRA, 2014, p.63)

de vários gêneros. Nesse ponto, há uma certa preocupação dos pais, professores e dos responsáveis pelas diretrizes políticas, pois o mesmo tipo de informação pode ser veiculada a um adulto ou a uma criança, sem qualquer espécie de filtro ou defesa desses jovens, principalmente frente à publicidade de cunho violento ou prejudicial à saúde. (CARLSSON, 2006, p. 12)

Nesse cenário todos são consumidores. Dessa forma, por se tratar de uma relação essencialmente desigual é importante que a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), criada como um subsistema jurídico próprio para proteger e defender os direitos dos consumidores, apresente uma seção para tratar especificamente da publicidade.

Importante ressaltar que quase no mesmo período de publicação do CDC houve a promulgação da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) com vistas a defender os interesses dos jovens, que dependem de maior cuidado e também precisam de uma legislação própria para lidar sobre questões sensíveis e específicas, que são inerentes aos indivíduos dessa faixa etária<sup>2</sup>.

Diante disso, a presente monografia buscará tratar especificamente da publicidade de alimentos com baixo valor nutricional dirigida às crianças, especialmente ao analisar se há constitucionalidade em uma possível restrição dessa atividade comercial.

No primeiro capítulo serão apresentados alguns conceitos doutrinários relacionados à publicidade, bem como serão abordados os principais problemas derivados da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança, a partir disso se buscará demonstrar de que forma a proteção do jovem frente à publicidade de alimentos não nutritivos é encarada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ao final do capítulo intenciona-se demonstrar como estão relacionados os direitos fundamentais da saúde e da proteção à criança com o da liberdade de iniciativa econômica e da liberdade de expressão por meio da publicidade, tendo em vista uma possível restrição constitucional dessa atividade específica.

No segundo capítulo serão abordados três casos jurisprudenciais de grande relevância para a discussão. Os dois primeiros foram julgados no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e são relevantes porque se debruçam sobre o tema da publicidade infantil de alimentos ou bebidas com baixo valor nutritivo, além disso, apresentam uma visão mais em prol da não restrição desse tipo de publicidade. O outro caso que será analisado foi julgado em 2016 no Superior Tribunal de Justiça e teve uma decisão que vai de encontro ao que foi decidido nos dois outros casos, pois apresenta uma visão mais inclinada à existência de abusividade nesse tipo de atividade publicitária.

<sup>2</sup> Conforme o Art. 2º da Lei 8.069/90: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Por fim, este trabalho analisará principalmente se a restrição da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança é constitucional. Pretende-se analisar a proporcionalidade de uma possível restrição a essa atividade, levando-se em consideração a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito de uma medida restritiva. Em seguida serão apresentadas as conclusões sobre o trabalho.

Portanto, através de pesquisa e leitura de textos doutrinários, legislação e jurisprudência que versam sobre o tema da publicidade infantil de alimentos não nutritivos se buscará fazer um trabalho que sirva de auxílio a outros pesquisadores interessados em se debruçar sobre esse assunto e a eventual constitucionalidade de sua restrição. Busca-se também que a sociedade continue e melhore essa discussão acerca de questões como a saúde, a proteção à criança, o consumismo, a obesidade infantil e a desvirtuação do poder familiar, que são alguns dos pontos que esta monografia se propõe a debater. Pois é mais importante que isso se transforme em um benefício social para as crianças e jovens do Brasil, do que se constitua em uma mera discussão acadêmica sobre o tema.

# 1 O PROBLEMA DA PUBLICIDADE INFANTIL DE ALIMENTOS NÃO NUTRITIVOS.

## 1.1 A publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança, o consumismo e a obesidade infantil.

Para uma melhor compreensão do tema tratado no presente trabalho é oportuno apresentar a origem e alguns conceitos doutrinários relativos ao termo “publicidade”, que é elemento essencial para a contextualização da análise acerca da constitucionalidade de uma restrição à publicidade infantil de alimentos não nutritivos.

Assim sendo, conforme leciona Muniz (2004, p. 2-3), a palavra “publicidade” originou-se no termo latino *publicus*, que significava público, e a partir dele surgiu a palavra francesa *publicité*, que possui um sentido jurídico referente a publicação ou leitura de leis, éditos, ordenações e julgamentos.

Apesar da palavra “publicidade” ainda possuir tal sentido, principalmente quando na expressão “dar publicidade”, que significa tornar algo público, durante o século XIX ela também adquiriu o significado comercial: “Qualquer forma de divulgação de produtos ou serviços, através de anúncios geralmente pagos e veiculados sob a responsabilidade de um anunciante identificado, com objetivos de interesse comercial” (RABAÇA; BARBOSA, 1987, p. 481).

Em harmonia com os conceitos já apresentados também encontra-se a ilustração de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (1999, p. 264), que define a publicidade como:

*“[...] uma atividade comercial controlada, que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas nos meios de comunicação de massa, a fim de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem da empresa em harmonia com a realização de seus objetivos, a satisfação dos gostos do consumidor e o desenvolvimento do bem-estar social e econômico.”*

De acordo com Guilherme Fernandes Neto (2004, p. 43): “[...] a publicidade objetiva estimular uma necessidade existente — ou criar uma que ainda não existe — com o inequívoco objetivo do aumento do faturamento, ou seja, do lucro.” Em seguida, faz referência à Convenção Européia de 5 de maio de 1989, que no seu art. 2º, letra f, definiu a publicidade como o anúncio público para estimular a comercialização de um produto ou serviço, ou de promover qualquer efeito desejado pelo anunciante

por meio de uma troca de tempo de transmissão por remuneração ou qualquer espécie de contrapartida financeira (FERNANDES NETO, *ibidem*).

Para Isabella Vieira Machado Henriques (2006, p. 36), a publicidade pode ser sintetizada como uma forma de oferta, sendo assim, uma prática comercial que utiliza-se dos meios de comunicação para difundir as qualidades de um produto ou serviço, para incentivar o consumo do respectivo público-alvo.

Também se conceitua publicidade como o “conjunto de técnicas de ação coletiva no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial conquistando, aumentando e mantendo clientes” (MALANGA, 1979 apud MUNIZ, *idem*, p. 3).

”A publicidade, segundo Pavarino (2013, p. 16), faz uso das emoções, anseios e necessidades do consumidor para conquistar seu objetivo, que consiste em “provocar a ação no consumidor: a compra, o desejo, a mudança de atitude”” (PAVARINO, 2013 apud LIRA, 2015, p. 20).

Pode-se afirmar que não há uma previsão legal que defina publicidade, mas com base nesses conceitos doutrinários percebe-se que a publicidade atual encontra-se sofisticada de tal maneira que conseguiu ultrapassar o simples objetivo de vender algum produto ou consolidar uma marca no mercado, por meio das estratégias de persuasão e controle cada vez mais desenvolvidas e criativas a publicidade deixou de ser só meio e passou a ser o próprio produto, “um produto cultural” (LIRA, 2015, p. 20). Com isso, pode-se dizer que os destinatários da publicidade se tornam duplamente consumidores, pois são o consumidor em potencial do produto veiculado e o consumidor final da própria publicidade.

Portanto, tendo em vista as características da publicidade que foram abordadas anteriormente, podemos defini-la como: um produto cultural, desenvolvido com o objetivo de se tornar público por meio de um veículo de transmissão de informações, geralmente, mediante algum tipo de contraprestação, visando atrair a atenção dos destinatários para determinado produto, serviço ou marca, com o intuito de gerar nesse consumidor um desejo ou necessidade, real ou fictícia, que o leve a consumir o objeto da publicidade veiculada gerando faturamento para toda a cadeia de fornecedores envolvidos no processo produtivo e despesa para o consumidor.

Além disso, cabe ressaltar a utilização do vocábulo “publicidade” e não do termo “propaganda” na abordagem da presente monografia, pois mesmo não havendo diferenciação clara desses dois termos no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina é praticamente uníssona em diferenciá-los, principalmente quanto ao viés essencialmente comercial do primeiro e o sentido mais ideológico do segundo.

Isso pode ser percebido logo a partir da origem da palavra “propaganda” que advém do termo latino *propagare*, que possuía o sentido de propagação, espalhamento.

Ele surge no contexto de propagação das ideias e postulados da Igreja Católica pelo mundo, durante a chamada Congregação da Propaganda (MARTINEZ, 2006 apud CASTRO, 2015, p. 29).

Nesse sentido, a propaganda apresenta uma desvinculação do caráter essencialmente econômico que a publicidade assume. Segundo Martinez (2006, p.9), a propaganda é mais voltada para "realizações culturais, políticas, religiosas, ideológicas, sociais etc., que não possuem índole econômica", ou seja, diferencia-se da publicidade por conta do objetivo final principal.

Muniz (2004, p. 5) esclarece que o Instituto de Análise da Propaganda define propaganda como "uma expressão de opinião ou ação por parte de indivíduo ou grupos deliberadamente destinada a influenciar opiniões ou ações de outros indivíduos ou grupos relativamente a fins predeterminados."

Para Nelson Nery (1992, p.66) há uma clara distinção entre os termos, pois publicidade (*advertising*) seria a divulgação com sentido comercial, objetivando-se o convencimento do destinatário para adquirir o produto ou serviço objeto da campanha, enquanto propaganda (*publicity*) seria a veiculação de ideias de cunho político, ético, religioso ou moral. Além disso, assevera que o Código de Defesa do Consumidor não regulou a propaganda mas somente a publicidade, apesar de usar indistintamente os termos como ao se referir à publicidade abusiva no artigo 37 e ao utilizar o termo "contrapropaganda" no artigo 60, por exemplo.

Ainda nesse sentido, Isabella Henriques (2006, p.37) atrela à propaganda exatamente esse caráter ideológico, social, político ou religioso, sem caráter comercial.

Por outro lado, Rizzato Nunes (2015, p.107) entende não haver razões para a distinção entre os vocábulos "publicidade" e "propaganda", pois segundo ele é importante observar que a Constituição Federal, normas infraconstitucionais e até o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária utilizam-se dos dois termos como sinônimos.

No âmbito prático-profissional, cabe destacar o seguinte:

"De acordo com Art. 5º da Lei n. 4.680/65<sup>3</sup>, que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda, "Compreende-se por propaganda qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado." A publicidade está ligada à venda, ao capitalismo e ao lucro. Ela atua no processo final da comercialização, conduzindo o produto ao cliente por meio de informações de caráter persuasivo veiculadas nos meios de comunicação." (SILVA, 2011, p. 25).

<sup>3</sup> Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965 - Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências.

Ao longo deste trabalho utilizar-se-á preponderantemente o termo “publicidade”. Em parte por conta da análise que faz Lira citando Sobrinho (2015, p.19), onde observa-se que no Brasil há uma forte preferência pelo uso do termo “publicidade” nas pesquisas acadêmicas. Além disso, o uso do termo “publicidade” se mostrará mais acertado no decorrer do trabalho, pois ele irá se debruçar sobre o instituto da publicidade infantil de alimentos com baixo valor nutricional, que são produtos comerciais, logo o uso do termo “publicidade” mostra-se mais conveniente.

Portanto a definição dos termos “publicidade” e “propaganda” apresenta certas sutilezas que foram observadas acima. Em resumo, as duas são semelhantes por serem mecanismos com a finalidade de modificar algum tipo de comportamento ou ideia nos seus destinatários, ao mesmo tempo em que se diferenciam por conta do caráter econômico que está, de maneira evidente, presente na publicidade, enquanto a propaganda se volta à disseminação de ideias, onde mesmo com caráter persuasivo, não há o viés econômico estampado.

Diante disso, a publicidade infantil pode ser entendida como o conjunto de estratégias de mercado que têm como alvo a coletividade das crianças e jovens<sup>4</sup>, que certamente representam um mercado altamente rentável tendo em vista a sua vulnerabilidade frente aos métodos persuasivos adotados pela indústria publicitária.

Como assevera Isabella Henriques (2011, p. 2):

“O problema é o direcionamento da publicidade a um público hipervulnerável. Há inúmeras pesquisas científicas que comprovam que a criança é extremamente vulnerável à comunicação mercadológica por não ter capacidade de julgamento suficiente. Direcionar uma mensagem que a criança não é capaz de absorver de forma crítica é estabelecer uma relação desigual. Na maioria dos casos, são usados artifícios para criar um sentimento de identificação da criança com determinada publicidade – cores vibrantes, músicas infantis, desenhos animados ou atores mirins, entre muitos outros recursos. Isso é muito delicado, pois a criança acaba acreditando que aquele bem ou serviço é necessário, que ela precisa daquilo. Pior: que ela precisa daquilo para ser feliz.”

Além disso, as crianças merecem atenção especial no tocante à publicidade, pois se elas são menos capazes do que os adultos em entender a intenção dos comerciais ou mesmo as suas técnicas manipulativas, certamente serão incapazes de julgá-las criticamente. Inúmeras vezes as crianças nem conseguem fazer a distinção entre o programa que estão assistindo e a publicidade. Desse modo, percebe-se que se as principais populações-alvo das indústrias de fast-food e de refrigerantes são as crianças e os adolescentes é porque certamente se trata de uma estratégia mais efetiva quando direcionada à esse público. (HAWKES, 2001 apud VARGAS, 2006, p.10).

<sup>4</sup> Considerando-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela que possui entre doze e dezoito anos de idade, nos termos do Art. 2º da Lei 8.069/90.

Sobre o mercado publicitário dedicado ao público infantil, estudos diversos corroboram que o mercado de produto e serviços infantis é um dos mais estratégicos, pela sua característica multidimensional. Pois neste sentido, o mercado infantil se percebe ao mesmo tempo um mercado primário, um importante mercado de influência, e um fortíssimo mercado futuro (MCNEAL, 1999, p.3841 e VIÑES SOLER, 2008, p.2627 apud MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 3).

Além da vulnerabilidade dos jovens frente à publicidade que foi citada anteriormente, o mercado infantil é ainda mais atrativo por se tratar de um mercado direto e futuro. Ele é direto porque as crianças são inseridas cada vez mais cedo ao ambiente de consumo e possuem um capital próprio, proveniente de mesadas ou doações de seus responsáveis. E um mercado futuro, pois, se ainda durante a infância forem cativadas por essas marcas, certamente seguirão fiéis ou, no mínimo, habituadas a consumir produtos ligados àquelas empresas que se comunicaram de maneira satisfatória com elas. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 3).

Conforme destaca Bruna Silva: “O que se vê atualmente é uma cultura do consumo sendo iniciada cada vez mais cedo. Uma parcela muito grande da propaganda, principalmente televisiva, é direcionada a crianças e elas começam a consumir e influenciar no consumo de suas casas de maneira muito forte.” (SILVA, 2011, p.24).

Porém, essa inserção precoce do público infantil no mercado de consumo não deveria acontecer ou, no mínimo, ser bem cuidadosa, pois as crianças não têm condições de fazer uma análise crítica da mensagem. Segundo a Associação Americana de Psicologia, uma pessoa consegue compreender a natureza de anúncios publicitários “quando possui o poder de discernir o conteúdo comercial de um conteúdo não comercial e quando consegue atribuir certo ceticismo à interpretação de mensagens comerciais e tal fato acontece apenas quando tais indivíduos alcançam doze anos de idade.” (BJURSTRÖM, 2000 apud SPANIOL, 2014, p. 31).

Certamente não é por acaso que os publicitários e as empresas anunciantes têm dedicado bastante atenção aos mais de 20 milhões de crianças entre 8 e 12 anos, que desembolsam cerca de \$30 bilhões de dólares por ano e também têm influência em outros \$150 milhões de dólares gastos por seus pais. E não para por aí, o incessante apetite dessas indústrias e dos profissionais de marketing em obter maiores lucros e uma maior fatia do mercado, faz com que eles se esforcem para atingir um público cada vez mais jovem, que muitas vezes nem consegue diferenciar a programação usual do anúncio publicitário. (INSTITUTO ALANA, 2016, p. 6)

Cumprе destacar ainda o que expõe a Nota Técnica nº 3 de 2016 da SENACON<sup>5</sup>:

<sup>5</sup> Nota Técnica nº 3/2016/CGEMM/DPDC/SENACON - Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nt-003-2016.pdf>. Acesso em 30 nov. 2016.



“Ao mesmo tempo, o mercado infantil é um mercado de influências porque, de acordo com diversas pesquisas produzidas durante as últimas décadas, tanto por aqueles que atuam nesse mercado como por aqueles que criticam essa atividade, as crianças possuem grande poder de influência nas compras familiares. Essa influência pode ser direta, quando as crianças pedem determinados produtos a serem consumidos por ele ou por sua família, e indireta, quando os pais consultam a preferência de seus filhos antes de comprar qualquer bem ou contratar qualquer serviço. Por esse fator, os fornecedores de produtos e serviços em geral adotam a estratégia cada vez mais comum de se comunicar comercialmente com o público infantil, mesmo que o produto ou serviço anunciado tenha como público-alvo o adulto, cujos limites e abusividade precisam ser objeto de estudo e análise pelos órgãos de proteção dos consumidores e das crianças.” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 3).

Um dos grandes responsáveis por veicular esse tipo de publicidade, e, sem dúvida, o maior reprodutor dessas mídias nos dias de hoje ainda é a televisão, conforme expõe Ana Maria Spaniol (2014, p. 22):

“A televisão corresponde a um dos veículos de comunicação de maior transmissão de informação sobre o mundo. A mídia em geral e em especial a televisiva tem influência no que diz respeito aos hábitos infanto-juvenis, desempenhando assim um papel estruturador (PIMENTA et al., 2011), tendo em vista o tempo despendido com esta atividade que, de acordo com Crivelaro et al. (2006), as crianças brasileiras dedicam em média cinco horas diárias assistindo à televisão, sendo este tempo superior quando comparado ao gasto com outras atividades.”

Assim, há um apelo contínuo para o consumo, há um incentivo proveniente da comunicação mercadológica ao consumo não só de produtos, mas também dos próprios meios de comunicação. Isso acaba gerando uma espécie de *looping* em que a criança se vê praticamente obrigada a consumir determinado produto porque ele passou na TV, ao mesmo tempo em que quer assistir TV para que consiga ver aqueles personagens ou os próprios produtos que ela deseja ou já possui.

Até mesmo nas lojas que vendem brinquedos ou artigos específicos para o público infantil isso é percebido, eles expõem nas prateleiras de alguns produtos, geralmente os das marcas mais famosas, o aviso de que aquele brinquedo passou na televisão. Isso sem dúvidas interfere no maior consumo daquele produto que teve sua publicidade veiculada e conseqüentemente é conhecido pelas crianças.

Soma-se a isso o fato de que a presença das mídias e aplicativos eletrônicos é cada vez mais forte no cotidiano infantil, independente da classe social, com isso a influência da publicidade gera um incentivo ao consumo e decorre disso um efeito dominó que aprofunda as desigualdades sociais e também intensifica a ocorrência de malefícios sociais que agredem a população jovem, como a obesidade infantil, o consu-

mesmo, a erotização precoce e a padronização de comportamentos prejudiciais, muitas vezes repetitivos e sem espaço para a criatividade.

Nesse ponto, é importante ressaltar o que observam Sampaio e Cavalcante (2016, p. 18):

“O aumento do consumo dos próprios meios de comunicação é acentuado no atual contexto de convergência midiática (BUCKINGHAM, 2007), no qual se assiste TV na internet e se acede à internet na TV e ambos são acessados por meio de celulares, que permitem, entre outras coisas, a conexão com jogos em rede. Nos inúmeros sites disponíveis na rede, há milhares dirigidos à criança e repletos de apelos comerciais (KUNKEL et al., 2004). Os pesquisadores destacam que um dos aspectos do marketing infantil na internet é precisamente o limite impreciso, senão inexistente, entre conteúdos comerciais e não comerciais. É razoável, portanto, afirmar que tanto a TV como a internet têm contribuído para a produção de cultura e subjetividade atreladas ao consumo, e até mesmo ao consumismo[. ..]”

Dessa maneira, apesar de uma perceptível diminuição da programação infantil na TV aberta, certamente provocada pelas primeiras restrições feitas à publicidade infantil, que tornou menos atrativo à indústria o investimento nesse tipo de atividade publicitária e conseqüentemente gerou um certo desinteresse aos canais de televisão possuírem em sua grade de conteúdo programas voltados ao público infantil. Ela continua sendo uma das principais, se não a principal, fonte do lazer infantil diário. Também contribuiu para essa diminuição o aumento da utilização de plataformas por demanda e conteúdos em aplicativos celulares e internet. Porém, isso não diminuiu o problema da exposição das crianças à veiculação de publicidade de alimentos não saudáveis, pois nesses outros canais de comunicação também há a presença constante desse tipo de publicidade.

Segundo pesquisa concedida pela coordenadora-geral do Projeto Criança e Consumo, Isabella Henriques, para a Revista Tavola Online, quanto ao consumismo infantil observa-se que:

“O crescimento do consumismo infantil está ligado a várias questões. Os adultos de hoje também nasceram na lógica do consumismo e ensinam valores e comportamentos que induzem os pequenos ao consumo desenfreado. Transformações no núcleo familiar - dupla jornada de trabalho das mulheres, aumento da violência urbana, substituição dos espaços públicos por privados - também contribuem para que as crianças fiquem mais tempo sozinhas e expostas a mensagens persuasivas. Segundo o Ibope, a criança brasileira passa, em média, quase cinco horas por dia em frente à TV. Ela fica muito tempo exposta a bombardeios publicitários, que induzem o consumo excessivo e transmitem valores materialistas.” (HENRIQUES, 2011, p. 3)

Pois bem, é evidente que se as mensagens publicitárias conseguem influenciar até mesmo os adultos, no caso das crianças as consequências são ainda mais severas, pois levam a uma deturpação de valores e a um consumo irracional e descomedido, causando até mesmo malefícios à saúde, tendo em vista a massiva promoção de hábitos alimentares prejudiciais, principalmente por parte das grandes companhias produtoras de alimentos e bebidas ricos em gordura, sódio e açúcares, que investem enormes quantias em publicidade dirigida ao público dessa faixa etária.

Nesse sentido, não há como não relacionar o crescimento da obesidade infantil com a influência que a publicidade exerce no público dessa faixa etária. Um exemplo disso pode ser visto ao observar uma das estratégias mais comuns de marketing para crianças que é a associação de personagens do cenário infantil, brindes ou brinquedos a alimentos e bebidas, geralmente, com alto valor calórico e baixo valor nutricional.

Segundo reportagem da Agência Câmara Notícias<sup>6</sup>, as principais causas da obesidade infantil no Brasil são o aumento do consumo de alimentos industrializados e o sedentarismo, ou seja, a publicidade infantil, principalmente a televisiva, é um fator preponderante para esse problema já que ao mesmo tempo em que incute no público infantil o desejo de consumo de produtos alimentícios não nutritivos, também exigem a realização de uma atividade sedentária para o alcance do seu público-alvo, que é o hábito de assistir televisão.

O problema da obesidade infantil não pode ser dissociado dos hábitos alimentares que têm as crianças e os jovens, e estes hábitos estão intimamente ligados às influências que as crianças recebem, em grande parte proporcionadas pela publicidade infantil de alimentos e bebidas não nutritivos, bem como por outros mecanismos mercadológicos que geram esse balizamento de escolhas.

Nesse ponto, é importante analisar um fato que ilustra de maneira categórica a forma como ao longo do tempo a publicidade insere novas necessidades na população, sobretudo nas crianças e adolescentes. O caso em questão é abordado no parecer do Professor Virgílio Afonso da Silva (2012, p. 11) acerca da constitucionalidade da restrição da publicidade infantil de alimentos e bebidas não nutritivos, onde destaca-se que na década de 1950 a Coca-Cola promoveu uma campanha publicitária para apresentar a nova embalagem de Coca-Cola “tamanho família” que possuía 750ml. Ora, hoje em dia existem garrafas de 2,5 litros ou até mesmo 3 litros, e uma garrafa de 600ml é considerada uma porção individual. Se as famílias em geral diminuíssem ao longo dessas quase 7 décadas, o que explica que o aumento do consumo de refrigerante por uma família tenha crescido? Sem dúvidas, há uma forte influência da publicidade nisso.

<sup>6</sup> <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/464270-PUBLICIDADE-PARA-CRIANCAS-AGRAVA-OBESIDADE-INFANTIL,-DIZEM-ESPECIALISTAS.html>. Acesso em 30 nov. 2016.

Diante desse aspecto, é possível relacionar os hábitos alimentares das crianças com um outro fato importante que Richard Thaler e Cass Sunstein (2008, p. 1) abordam no livro *“Nudge: Improving decisions about Wealth, Health and Happiness”*. Com base em descobertas da psicologia cognitiva e auxílio das ciências sociais e econômicas, eles sugerem, em resumo, que nossas escolhas não são totalmente livres, mas sim influenciadas por meio de diversos fatores extrínsecos à nossa vontade e ao nosso raciocínio. Para ilustrar tal afirmação, apresentam um caso no qual dependendo da disposição de alimentos na prateleira da cantina de uma escola primária as crianças optam por diferentes tipos de produtos, por intermédio de fatores como a facilidade de aquisição ou a proximidade visual. Isto é, são os chamados *“choice architects”*, ou “arquitetos de escolha”, que delineiam, conscientemente, buscando determinado objetivo, de que forma serão expostos os produtos. Fazendo-se um paralelo com a publicidade, seria basicamente que informações ou características são interessantes que sejam divulgadas para a conquista daquele objetivo de mercado e que guiará o público-alvo para a tomada de uma decisão aparentemente livre, mas que na realidade é parcialmente manipulada.

Portanto, não é de se estranhar que o orçamento de marketing infantil seja mais de US\$ 15 bilhões de dólares por ano nos Estados Unidos, segundo a psicóloga norte-americana Susan Linn. No Brasil, o gasto com publicidade infantil em 2007 foi de R\$ 210 milhões, segundo dados do Ibope. Certamente, se trata de um negócio rentável, que consegue cumprir sua função ao gerar um bom retorno financeiro para a indústria. (HENRIQUES, 2011, p. 3).

Com relação ao marketing de comida não saudável, pode-se observar, de acordo com a análise de Perri Klass, M.D., que:

“O marketing de comida não saudável é um negócio lucrativo. A cada ano, a indústria de comidas e bebidas gasta aproximadamente 2 bilhões de dólares promovendo cereais açucarados, bebidas doces, e balas para crianças e adolescentes. Todo dia, os jovens assistem uma média de 12 a 14 anúncios de comida somente na televisão, muitos deles apresentando personagens de TV ou filmes com a intenção clara de viciar as crianças em comidas salgadas, gordurosas e doces. Essa publicidade incessante tem tido um impacto sério no consumo exagerado de comidas não saudáveis e no aumento dramático dos problemas de saúde infantil relacionados à dietas, incluindo a obesidade e diabetes.”(FTC, 2013 apud INSTITUTO ALANA, 2016, p. 44)

Sendo assim, muitas vezes a publicidade passa conceitos errados sobre alimentação para as crianças, pois fazem associações positivas de personagens do universo pueril ou utilizando-se de músicas e desenhos animados, com alimentos que são prejudiciais à saúde quando consumidos em excesso ou com grande frequência. Outro mecanismo utilizado, segundo Sigman, é o fato de as crianças necessitarem

dos seus pais para fazerem escolhas corretas para o seu bem-estar. Isto é explorado pelos publicitários através da associação de alimentos e bebidas com a imagem dos pais. (SIGMAN, 2000 apud VARGAS, 2006, p. 15).

Por outro lado, alguns defensores da publicidade dirigida ao público infantil argumentam que seria papel exclusivo dos pais controlarem que tipo de publicidade chega até as crianças, que é papel deles zelar pela educação alimentar que as crianças devem ter. Porém, isso se torna um trabalho hercúleo com a carga de trabalho que muitas vezes têm os pais, geralmente eles são obrigados a deixar as crianças sozinhas em casa ou a passar a maior parte do tempo delas na escola. Nesse ponto, cabe ressaltar que o ambiente escolar também é visto como um mercado primário e de enorme potencial para a indústria de alimentos, pois é principalmente na escola que as crianças podem exercer seu comportamento de consumo de maneira livre, sem a influência dos pais. Tanto é que existem estratégias de marketing voltadas exclusivamente para os produtos e serviços destinados ao público infantil no ambiente escolar.

Tendo isso em vista, é necessário que haja um maior controle dos órgãos de defesa do consumidor, dos próprios pais, e da sociedade civil em geral, para uma maior discussão a respeito da possibilidade de implementação de diretrizes de regulamentação restritivas à publicidade e promoção comercial de alimentos não nutritivos em ambiente escolar, visando o combate à obesidade infantil.

Por se tratar de uma preocupação mundial devido aos níveis alarmantes da quantidade de crianças e jovens que já apresentam excesso de peso, é cada vez mais difundido o conhecimento de que hábitos alimentares incorretos é um dos principais fatores que causam problemas de saúde. Além disso, é muito fácil constatar, e algumas pesquisas científicas também já foram realizadas nesse sentido, que é muito mais marcante a presença de anúncios televisivos de alimentos não saudáveis e bebidas alcoólicas, do que ofertas de frutas e de vegetais, por exemplo, o que é uma verdadeira inversão da pirâmide alimentar saudável. (NASCIMENTO, 2006, p. 115).

A garantia de ambientes infantis livres de publicidade é uma das medidas apontadas pela *World Obesity Federation*<sup>7</sup> como necessárias para se buscar a proteção das crianças contra a obesidade, que sem dúvida também é gerada pela forte influência da publicidade de alimentos e bebidas não nutritivos na vida dos pequenos. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 8).

Estudos mostram que a publicidade de alimentos com alto teor de gordura, sódio e açúcar está entre os fatores que contribui para o aumento dos índices de obesidade infantil, que já é considerada pela Organização Mundial da Saúde (OMS)

<sup>7</sup> *World Obesity Federation*, que representa profissionais de 50 associações e criou uma comunidade global de organizações dedicadas a erradicar a obesidade, através da *International Obesity TaskForce*. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 8)

uma epidemia mundial. Segundo relatório da Comissão para Erradicar a Obesidade Infantil (ECHO) da OMS a prevenção e o tratamento da obesidade infantil requerem uma abordagem multidisciplinar que envolva diferentes setores da sociedade. (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2016, p. 18).

Embora a publicidade seja apenas uma dentre as muitas causas da obesidade e outros problemas de saúde relacionados à alimentação, outras pesquisas mostram correlações entre consumo de mídia e preferências por comidas não saudáveis, com isso, apesar de a televisão desempenhar um papel relevante no entretenimento e na disseminação de informações e cultura, pelo menos teoricamente, em muitos casos ela pode, principalmente por meio da publicidade, influenciar negativamente as escolhas alimentares de crianças e adolescentes, além de interferir no gasto calórico que também é um fator de promoção da obesidade infantil. (BIRCH *apud* ENES; SLATER, 2010, p. 167-168).

Apesar dessa premente necessidade de um maior debate e de uma maior informação à população sobre os malefícios da publicidade de alimentos não nutritivos, principalmente aquela que é dirigida à criança, estudos nesse sentido já mostram que boa parte da população brasileira apoia a restrição a esse tipo de publicidade. A pesquisa do Instituto Datafolha<sup>8</sup> realizada em agosto de 2016 com 2.753 pessoas em 160 municípios das cinco regiões brasileiras, que foi encomendada pela Aliança de Controle do Tabagismo - ACT, organização não-governamental que preza pela promoção da saúde no Brasil, apresentou alguns dados interessantes, por exemplo, que 60% dos brasileiros é contra qualquer tipo de publicidade para crianças de até 12 anos, que 72% dos entrevistados é contra a publicidade de refrigerantes e com relação a venda de alimentos ultraprocessados em escolas 64% se declararam contrários. (ACT, 2016, p. 19-20)

Dessa forma, começa a se perceber uma maior preocupação da sociedade com a necessidade de proteção da criança frente à publicidade. Isso é o início de um caminho para as empresas e anunciantes estabelecerem práticas menos abusivas, mais preocupadas com a saúde e a infância, além disso é um importante comunicado ao legislador e ao poder público fiscalizador de tais atividades mercadológicas.

Outro ponto interessante de se observar é que a Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e Bebidas não Alcoólicas - ABIR, em março de 2016, anunciou que os seus associados foram instruídos a deixar de direcionar a publicidade de alguns dos seus produtos ao público infantil. Isso corrobora o que foi destacado na pesquisa do Instituto Datafolha, ou seja, uma não aceitação da população com relação à publicidade infantil gera no setor da indústria uma busca de meios alternativos menos

<sup>8</sup> Disponível em: "[http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Datafolha\\_alimentos\\_regulacao\\_ACT.pdf](http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Datafolha_alimentos_regulacao_ACT.pdf)" Acesso em: 20 jan. 2017.

prejudiciais à infância e à saúde, pois a população já começa a entender a importância de proteger as crianças da publicidade de alimentos não nutritivos. (ABIR, 2016)

Portanto, é evidente o impacto negativo que a publicidade de alimentos não nutritivos dirigida ao público infantil gera, e com isso há a necessidade de que medidas restritivas ou alternativas a esse tipo de atividade sejam tomadas. Com base na análise de como é tratado esse tema no ordenamento jurídico brasileiro e com fulcro também na jurisprudência se buscará demonstrar que a restrição, proporcional e bem fundamentada, a essa atividade publicitária pode ser uma boa saída para todos.

## **1.2 A publicidade infantil no ordenamento jurídico brasileiro.**

No Brasil, o controle da atividade publicitária é feito de duas formas, pois ao mesmo tempo em que existe o controle privado, ou seja, a autorregulamentação por parte do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, existe também uma legislação constitucional e infraconstitucional que versa sobre essa atividade comercial.

Devido a isso, é necessário que se faça uma análise primeiro dos diplomas normativos que versam sobre a publicidade, principalmente no que tange à publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança, caso específico do tema desta presente monografia, e depois uma análise do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária que foi editado pelo CONAR.

Ao se iniciar qualquer análise acerca de um tema presente no ordenamento jurídico brasileiro nada mais importante do que procurar observar de que forma aquilo está inserido na Constituição Federal. Dessa maneira, cumpre destacar que quanto à publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança a Constituição Federal não apresenta uma seção ou artigo específico sobre o tema. Porém, disciplina a liberdade de iniciativa econômica, a liberdade de expressão e também a comunicação social, que estão intimamente ligados à publicidade. Por outro lado, também apresenta no seu texto uma proteção prioritária dada à criança, à infância e à saúde, que muitas vezes se encontram ameaçadas frente à publicidade abusiva.

No capítulo referente à comunicação social, por meio da dicção dos artigos 220 e seguintes, a Constituição Federal dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”, garante também que nenhuma lei ordinária constitua embaraço à informação jornalística e repudia qualquer espécie de censura ideológica, política ou artística.

Contudo, ainda nesse mesmo artigo, o Poder Constituinte preocupou-se em colocar que:

“§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.”

Além disso, ainda elencou um rol exemplificativo de produtos ou serviços que estão sujeitos a sofrer restrições legais em suas atividades publicitárias, como tabaco, bebidas alcoólicas e medicamentos, inclusive tendo que conter, sempre que necessário, uma advertência a respeito dos possíveis malefícios decorrentes do seu consumo.

Outra vertente presente na Constituição Federal é a proteção integral e prioritária que se dá à criança. Conforme se observa no artigo 227 que apresenta o seguinte texto:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Portanto, é inegável que a Constituição Federal de 1988 consagra alguns direitos fundamentais que, na perspectiva da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida ao público infantil, apresentam-se conflitantes. Nessa dimensão de conflito entre a proteção de diferentes direitos fundamentais, eles devem ser ponderados e sopesados de acordo com o critério da proporcionalidade, com o intuito de averiguar no caso concreto qual direito pode ou deve ser restringido em prol de um bem maior.

No último tópico deste primeiro capítulo, será dado um enfoque específico a essa contraposição existente entre os direitos fundamentais relacionados à publicidade infantil de alimentos não nutritivos.

Apesar disso, é importante que se contextualize de acordo com o que ressalta Isabella Henriques:

“No Brasil as crianças são titulares da chamada proteção integral, que lhes assegura todos os direitos fundamentais de que são titulares os



adultos e mais alguns, especificamente infantis, como o direito à convivência familiar e comunitária, o direito a brincar e a crescer a salvo de toda forma de violência, negligência ou opressão, dentre outros. Esta proteção à infância deve ser prioridade absoluta da família, do Estado e da sociedade, conforme previsto na Constituição Federal (artigo 227), no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. "(HENRIQUES, 2011, p. 2 ).

Com relação ao tema do presente trabalho, que relaciona a questão da publicidade de alimentos ultraprocessados voltada ao público infantil, se faz necessário observar o que está presente na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 e na Declaração dos Direitos da Criança, ambas ratificadas pelo Brasil, ou seja, que a criança tem a necessidade de uma proteção e cuidados especiais, mas também possui o direito assegurado à liberdade de expressão, que compreende inclusive a liberdade de receber informações de qualquer ordem, tendo como restrição os direitos dos outros e a proteção da sua saúde, moral, ordem pública e segurança nacional, nos termos dos artigo 13 da Convenção.

Dessa forma, se percebe a necessidade de que existam mecanismos de informação para as crianças, mas que sejam respeitados outros direitos que estão sendo afetados por meio da atuação irrestrita da publicidade de alimentos não nutritivos voltada ao público infantil.

A partir disso, continuando-se a análise acerca da publicidade infantil no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), constituiu-se como um subsistema jurídico próprio para viabilizar a proteção do consumidor sob diversos aspectos e situações nas quais o cidadão se envolve para adquirir produtos ou serviços no mercado, sendo quase sempre o ente mais vulnerável nessa relação. Esse subsistema jurídico procurou abarcar de maneira ampla, com regras e princípios que versam sobre "práticas comerciais, contratos de consumo, publicidade, comercialização de bens, padrões de qualidade e segurança de produtos e serviços, tratamento de informações, formas de cobranças de dívidas, respeito à vida e saúde do consumidor, atendimento à confiança e boa-fé, dentre outros." (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 1)

Quanto à publicidade, o CDC no artigo 6º, inciso IV, deixa claro que é um direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade abusiva, e na dicção do parágrafo segundo do artigo 36 define como abusiva aquela publicidade que seja "discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança." Além disso, no caput do mesmo artigo 36, o legislador configura a necessidade de identificação precisa da publicidade,

ou seja, a publicidade precisa ser veiculada de forma que o consumidor identifique-a como tal de maneira fácil e imediata.

Pois bem, tendo em vista as características da publicidade irrestrita de alimentos não nutritivos dirigida à criança, ela deveria se configurar abusiva e consequentemente ilegal pois ao buscar se relacionar com esse público-alvo hipervulnerável, ela muitas vezes não consegue ser identificada como publicidade, se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, inclusive por meio de estratégias com vistas específicas para essa finalidade, e por fim, ainda possuem o objetivo principal de induzir no consumidor infantil um comportamento que é comprovadamente prejudicial à sua saúde.

Nesse sentido, afirma Ana Maria Spaniol citando o Instituto Alana:

“Assim, a publicidade para tal público torna-se abusiva, partindo do ponto que se aproveita da ingenuidade para a venda de produtos, ou seja, aproveitam-se do fato de a criança ser vulnerável devido ao seu processo inconcluso de formação física e psíquica e por não entender a publicidade como tal, ou seja, seu caráter persuasivo, que se tornam um alvo de fácil convencimento.” (INSTITUTO ALANA, 2013 apud SPANIOL, 2014, p.31)“.

Por isso, apenas o respeito ao que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, por si só, já seria capaz de inibir a prática abusiva de direcionar a publicidade de alimentos não nutritivos para o público infantil, principalmente porque congrega três espécies de violação a essa legislação, quais sejam: i) aproveitar-se da incompleta capacidade de julgamento das criança sobre aquilo que lhe é veiculado; ii) por veicularem, sem as devidas informações ou precauções, produtos que afetam a saúde das crianças; iii) por muitas vezes não fazerem a identificação da publicidade como tal para esse tipo de público.

Além disso, no âmbito escolar a estratégia das indústrias de alimentos e bebidas ricos em sódio, gorduras e açúcares de fazer publicidade dos seus produtos para crianças aproveitando-se da confiança depositada por elas e seus responsáveis nesse ambiente educacional, representa uma espécie de prática abusiva prevista no artigo 39, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor, porque se utiliza da ignorância desse público, tendo em vista sua idade e conhecimento, para induzir um comportamento favorável ao consumo desses produtos, e por conta disso, deveria ser objeto de intervenção e atuação do poder de polícia dos órgãos de defesa do consumidor. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 4)

Portanto, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, pode-se considerar que direcionar a publicidade de alimentos não nutritivos às crianças é uma prática ilegal.

Até mesmo porque com esse comportamento, é retirado dos pais ou responsáveis o poder total que eles deveriam ter sobre a dieta dos filhos.

Outro subsistema jurídico que se mostra essencial para a análise dessa temática é a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o ECA busca cumprir o objetivo constitucional de dar maior proteção às crianças em razão de sua hipossuficiência. Com base no princípio constitucional da proteção integral, o ECA visa garantir à criança todas as condições necessárias de crescimento e desenvolvimento, físico e mental.

Diante dessa já observada hipervulnerabilidade das crianças e do forte papel influenciador que a publicidade possui no comportamento dos pequenos, evidente que o ECA também apresente algumas considerações acerca dessa atividade comercial, especificamente quanto à publicidade voltada à criança.

O artigo 76 do Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo a mesma linha do artigo 221 da Constituição Federal, dispõe a respeito da programação dos canais de rádio e TV, que deveriam observar a necessidade de veiculação de material preferencialmente educativo e cultural, que respeitasse valores éticos e sociais. Dentro disso se inclui a publicidade, que também deveria observar esses limites e promover mensagens nesse sentido, pois certamente, no contexto de convergência midiática vivido atualmente, a publicidade desempenha um papel educador e formador, porém acaba desvirtuando certos valores se ao invés de promover conteúdo educativo e cultural, promove apenas o consumismo e hábitos prejudiciais à saúde e à infância. (HENRIQUES, 2006, p. 32)

O ECA também versa sobre publicidade ao estipular no artigo 71 que: "a criança tem direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento." Importante observar que o legislador chama atenção ao fato de que deve ser observada a condição da criança de pessoa em desenvolvimento.

Porém, apesar dessas regras esparsas presentes na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, não há uma regulamentação específica sobre a publicidade voltada à criança, muito menos uma sobre a publicidade de alimentos e bebidas não nutritivos dirigida ao público infantil. E talvez por conta dessa ausência de regulamentação específica seja tão difícil a proibição ou restrição dessa atividade comercial, mesmo que a interpretação conjunta das normas já existentes fossem suficientes para considerar ilegal a prática desse tipo de publicidade abusiva.

Com relação à regulamentação da publicidade, além do controle público explicitado anteriormente, que encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro de

maneira dispersa, há também o controle privado efetuado pelo CONAR que fiscaliza o cumprimento do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária por parte das agências e dos profissionais publicitários.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária - CBARP surgiu como um contraponto à ameaça de que o setor publicitário passasse a ser regulado pelo Governo Federal no fim da década de 1970 (HENRIQUES, 2006, p. 57). Assim, surgiu a ideia de autorregulamentação do setor, com vistas a promover a defesa da liberdade de expressão, da atividade publicitária e do próprio consumidor por via indireta.

Nesse sentido, o CONAR funciona mais como um orientador para os seus associados ao ditar as normas para a profissão e para as peças publicitárias, mas também cumpre o papel de apurar denúncias de irregularidades em peças publicitárias por meio do seu Conselho de Ética que julga essas eventuais irregularidades com base no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. No entanto, o CONAR não possui o poder de exigir o cumprimento de uma punição para aqueles associados que porventura venham a descumprir suas decisões.

Além disso, observa-se que a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor e da criação do PROCON, o CONAR passou a ser menos atuante, pois de certa forma concentrou esforços maiores na defesa dos seus associados com relação à concorrência desleal do que propriamente na defesa do consumidor, quem passou a assumir esse protagonismo de defesa dos interesses do consumidor que se sentiu lesado por algum anúncio publicitário foram as promotorias de defesa do consumidor e o próprio PROCON no âmbito administrativo. (SPANIOL, 2014, p. 31 )

Com relação à atividade publicitária destinada às crianças, no artigo 37 do CBARP, o CONAR estipulou que os produtos que forem destinados ao consumo por crianças deverão: i) incentivar o desenvolvimento positivo das relações familiares, educacionais e demais relacionamentos que envolvam o público infantil; ii) respeitar a ingenuidade, credulidade, dignidade e inexperiência da criança; iii) atentar-se às características psicológicas do público-alvo ainda em desenvolvimento; iv) obedecer a cuidados que evitem distorções psicológicas no público-alvo e nos modelos publicitários; v) abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.

No que tange à publicidade de alimentos não nutritivos, inclusive quando dirigida à criança, o CONAR também apresenta certas restrições que levam em conta a necessidade de proteção e hipervulnerabilidade desse público aos estímulos e imposições de tais peças publicitárias. Como pode ser percebido no texto do Anexo H, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária<sup>9</sup>:

---

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php#>>. Acesso em 30 jan. 2017.

”Este Anexo disciplina a propaganda comercial de alimentos, refrigerantes, sucos, achocolatados, bebidas não-carbonatadas e as isentas de álcool a elas assemelhadas, assim classificados pelos órgãos da administração pública, e, obviamente, não exclui o atendimento às exigências das legislações específicas.

1. Disposições Gerais - Além de atender aos preceitos gerais deste Código, os anúncios de produtos submetidos a este Anexo deverão:

[...]

d. abster-se de encorajar ou relevar o consumo excessivo nem apresentar situações que incentivem o consumo exagerado ou conflitem com esta recomendação;

[...]

f. abster-se de apresentar qualquer produto como substituto das refeições básicas (desjejum, almoço e jantar), a menos que tal indicação esteja embasada em responsável opinião médica ou nutricional, reconhecida pela autoridade sanitária;

[...]

i. evitar a exploração de benefícios potenciais derivados do consumo do produto, como a conquista de popularidade, elevação de status ou êxito social, sexual, desempenho escolar, esportivo, dentre outros;

j. abster-se de desmerecer o papel dos pais, educadores, autoridades e profissionais de saúde quanto à correta orientação sobre hábitos alimentares saudáveis e outros cuidados com a saúde;

k. ao utilizar personagens do universo infantil ou apresentadores de programas dirigidos a este público-alvo, fazê-lo apenas nos intervalos comerciais, evidenciando a distinção entre a mensagem publicitária e o conteúdo editorial ou da programação;

l. abster-se de utilizar crianças muito acima ou muito abaixo do peso normal, segundo os padrões biométricos comumente aceitos, evitando que elas e seus semelhantes possam vir a ser atingidos em sua dignidade.

2. Quando o produto for destinado à criança, sua publicidade deverá, ainda, abster-se de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo, especialmente se apresentado por autoridade familiar, escolar, médica, esportiva, cultural ou pública, bem como por personagens que os interpretem, salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promovam hábitos alimentares saudáveis.

[...]

5. Na publicidade dos produtos submetidos a este Anexo adotar-se-á interpretação a mais restritiva quando:

[...]

b. o produto for destinado ao consumo por crianças

Portanto, o que se percebe é que o CONAR, por meio do CBARP, também objetiva uma proteção da criança frente à publicidade de alimentos não nutritivos. Porém, sem poder punitivo ou sancionatório, essas regras se tornam meros indicativos de conduta e fica a critério da indústria que patrocina as publicidades desse gênero decidirem de que forma realizarão suas atividades publicitárias, tanto que em caso de descumprimento de determinada conduta não há nenhuma hipótese de coerção, já que

tais recomendações não possuem viés jurídico.

Além disso, verifica-se também que há uma desproporção entre as penas previstas no CBARP e os danos que são causados pelos infratores, o que acaba por não impedir as práticas abusivas que causam danos sérios à saúde e à infância, pois essa natureza autodisciplinar se configura por meras advertências e dependem de um acatamento espontâneo, muitas vezes nem conseguindo suspender ou proibir a veiculação da mensagem publicitária de conteúdo abusivo. (SILVA, 2011, p. 40).

Sendo assim, a atuação estatal que possui caráter jurídico deve se sobrepor à defesa realizada pelo CONAR, que prioriza na verdade o anunciante. O abuso na publicidade de alimentos não nutritivos dirigida ao público infantil deve sofrer o controle público. PROCON, Ministério Público, Ministério da Justiça, Defensoria Pública e todos os demais integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor devem continuar atuando, e é imprescindível uma legislação federal específica para a publicidade infantil de forma a facilitar e trazer mais fundamentos à defesa dessa esfera que necessita de proteção.

Positivamente, já há um maior movimento normativo interessado em proteger as crianças desse direcionamento abusivo da publicidade. Em 2014, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, órgão vinculado à Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, publicou a Resolução nº 163 que reforça o posicionamento do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da própria Constituição Federal na defesa desses direitos.

“O CONANDA possui o dever e a competência constitucionalmente prevista de zelar pela devida e eficiente aplicação das normas de proteção às crianças e adolescentes no Brasil. Inclusive, para exercer tal dever, pode editar Resoluções, as quais são atos normativos previstos no Art. 59 da Constituição Federal.” (INSTITUTO ALANA, 2014)

Em linhas gerais, essa Resolução considerou abusivo o direcionamento de comunicação mercadológica à criança com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço, utilizando-se de estratégias do mercado publicitário próprias do universo infantil, como a utilização de personagens, canções, efeitos especiais, excesso de cores, dentre outras.

Além do conteúdo material considerado abusivo, a Resolução nº 163 do CONANDA também considerou a comunicação mercadológica de maneira ampla, compreendendo qualquer meio ou canal disponível, seja ele internet, TV, interior de creches ou escolas, dentre outras diversas modalidades de comunicação comercial.

No entanto, a Associação Brasileira de Anunciantes - ABA, a Associação Brasileira de Agências de Publicidade - ABAP, e várias outras entidades que promovem

a publicidade dirigida ao público infantil, e certamente têm nela um importante ativo por conta da sua alta eficiência e consequentemente alto valor de mercado, não reconhecem a legitimidade e a vigência da Resolução nº 163, e por isso não a cumprem, alegando que ela não possui poder vinculante e que somente lei federal proveniente do Congresso Nacional teria competência para definir tais critérios de abusividade e ilegalidade.

Dessa forma, é evidente que quem se beneficia com a prática da publicidade infantil abusiva vê na Resolução nº 163 uma séria ameaça aos seus interesses, portanto é lógico que irão alegar ilegitimidade e falta de poder vinculante à Resolução do CONANDA.

Porém, por se tratar de um ato normativo primário previsto no artigo 59 da Constituição Federal, a Resolução nº 163, como qualquer outra espécie de Resolução de um Conselho Nacional ligado ao Poder Executivo deve ter seu cumprimento integral e obrigatório por todos os agentes sociais e estatais. (INSTITUTO ALANA, 2014).

Como exemplo, vale citar o que expõe o Instituto Alana<sup>10</sup> ao fazer uma breve análise acerca da força normativa das Resoluções:

“Um exemplo paradigmático da força de uma Resolução de um Conselho Nacional ligado ao Poder Executivo, como o Conanda, é a atuação do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), o qual editou inúmeras Resoluções vigentes e vinculantes para toda a sociedade, em especial a Resolução n. 237, que determinou as normas, atribuições, funções e competências para o licenciamento ambiental, o qual intervéem fortemente nas atividades empresarias de exploração do meio ambiente.

Ainda, em discussão travada no Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da validade da Resolução n. 7 do CNJ, que proibiu a prática do nepotismo no Poder Judiciário, o Plenário decidiu veementemente pela legitimidade e competência do Conselho Nacional para editar Resoluções, posto que elas são consideradas atos normativos primários.

Dessa forma, não restam dúvidas sobre o poder vinculante e da vigência da norma editada pelo Conanda na Resolução n. 163.” (INSTITUTO ALANA, 2014)

Ainda assim, verifica-se constantemente a presença de publicidade dirigida ao público infantil nos mais diversos lugares e meios de comunicação. Isso corrobora a necessidade de maior atuação dos agentes e órgãos que fazem parte do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, mas além do controle e da fiscalização desses órgãos que possuem o condão de aplicar as sanções cabíveis, o enfrentamento da sociedade, dos pais e educadores a esse tipo de publicidade prejudicial deve ser diário e cada vez mais discutido.

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/noticias/entenda-a-resolucao-que-define-a-abusividade-da-publicidade-infantil/>>. Acesso em 30 jan. 2017.

Também com relação à Resolução nº 163 do CONANDA, o professor Bruno Miragem<sup>11</sup> elaborou parecer que constatou a constitucionalidade dessa norma, justificando-se por apresentar os três critérios de proporcionalidade que leciona Canotilho (1998, p. 262): i) a conformidade ou adequação de meios (*Geeignetheit*); ii) a exigibilidade ou necessidade da medida (*Erforderlichkeit*) e; iii) a proporcionalidade em sentido estrito (adequação entre meios e fins – *Verhältnismässigkeit*). Pois com relação à publicidade dirigida ao público infantil, a Resolução 163 trata-se de medida adequada pois tenta evitar que seja utilizada a deficiência de julgamento dos pequenos para a imposição de produtos ou serviços, é também medida necessária tendo em vista a enormidade de canais e meios que veiculam esse tipo de publicidade e a já comprovada relação entre a publicidade e cultivo de hábitos consumistas e prejudiciais por parte dos jovens, que acarretam problemas de saúde e uma deturpação dos valores da infância, e por fim se caracteriza como norma menos gravosa, por não abolir totalmente a publicidade, mas apenas direcioná-la a quem está realmente apto a ser público-alvo desse tipo de mensagem. (MIRAGEM, 2014, p. 46)

O avanço no sentido da restrição da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança é cada vez mais perceptível e necessário no cenário nacional. Contudo, é importante destacar que no dia 15 de setembro de 2016 entrou em vigor a Lei Estadual nº 13.582, que regulamentou a publicidade de alimentos no Estado da Bahia, claramente é uma medida que vai ao encontro do que dispõe a Resolução nº 163 do CONANDA e do entendimento do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De maneira proporcional e bem fundamentada, a mencionada Lei Estadual “proíbe a publicidade de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio das 6 às 21 horas, no rádio e na televisão, e em qualquer horário nas escolas públicas e privadas do Estado”. Além disso, também dispõe que a publicidade de alimento que for veiculada durante o horário permitido deve apresentar as advertências necessárias sobre os males causados pela obesidade. (INSTITUTO ALANA, 2016)

Além disso, a lei baiana considera ilegal a publicidade implícita ou ostensiva, proíbe também a utilização de personagens ou celebridades do universo pueril, brindes ou promoções de brinquedos colecionáveis associados ao produto objeto da publicidade e apresenta as penas de multa de acordo com a infração, suspensão da publicidade e imposição de contrapropaganda capaz de sanar o malefício que for causado. (BAHIA, 2016, p.1).

---

<sup>11</sup> Bruno Nubens Barbosa Miragem é Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor e Mestre em Direito. Presidente Nacional do Brasilcon - Instituto Brasileiro de Direito e Política do Consumidor (2014-2016).



Porém, essa Lei Estadual da Bahia certamente será atacada pela indústria que se beneficia da publicidade infantil irrestrita pelo critério da competência, já que se entende ser competente para versar sobre publicidade apenas Lei Federal.

Por fim, é oportuno citar alguns projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional e que buscam a defesa do público infantil frente à publicidade abusiva, inclusive quanto à publicidade de alimentos e bebidas não nutritivos.

O Projeto de Lei nº 5.921 de 2001, de autoria do Deputado Federal Luiz Carlos Hauly (PSDB/PR), que pretende acrescentar um parágrafo ao artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, com o intuito de proibir a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, ou seja, aqueles destinados apenas às crianças. Essa proposta ainda aguarda votação no Plenário e é interessante notar que ela busca a promoção de uma atividade publicitária menos abusiva, ao se direcionar apenas para as pessoas que possuem o desenvolvimento completo e o discernimento necessário para fazer um pensamento crítico sobre aquilo que lhe é veiculado.

“Além do projeto que restringe a publicidade direcionada às crianças, há outras propostas sobre o tema em discussão na Câmara como a que obriga a divulgação de advertência sobre obesidade em embalagens de produtos altamente calóricos (PL 1480/03) e a que obriga a afixação de cartazes de advertência sobre a obesidade em estabelecimentos que comercializem alimentos “fast food” (5674/13).” (AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS, 2014).

Além desses, também é importante citar o PL 1637/2007 que pretende “regular a oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas, cujo objeto seja a divulgação e a promoção de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional”, o PL 1745/2011 que busca impedir a venda de alimentos para crianças acompanhada de brinquedos, brinde, prêmio ou congêneres a título de bonificação, o PL 5608/2013 que também se propõe a regular a publicidade de alimentos dirigida ao público infantil.

Portanto, resta inequívoco que a regulamentação e a restrição à publicidade de alimentos não nutritivos dirigida ao público infantil, apesar de já ser tratada de maneira não concentrada no ordenamento jurídico brasileiro, é de interesse dos representantes do povo no Congresso Nacional, e dessa maneira é urgente a necessidade de uma maior discussão e a partir disso uma regulamentação que consiga combater um dos principais fatores gerador do problema do consumismo e da obesidade infantil, que é a publicidade abusiva direcionada às crianças.

### 1.3 Contraposição dos direitos fundamentais relacionados à publicidade infantil de alimentos não nutritivos

Como afirmado anteriormente, alguns direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional estão intimamente relacionados com a publicidade de alimentos não nutritivos dirigida ao público infantil. Pois bem, a partir do momento que se trata do tema publicidade, invariavelmente também se estará abordando a liberdade de expressão e de comunicação, a liberdade de imprensa e a livre iniciativa econômica. Por outro lado, ao examinar o conteúdo dessa publicidade e a quem ela se dirige, inevitavelmente se estará falando do direito à alimentação, à saúde, à vida e também sobre a prioridade conferida a esses direitos quando se trata do público infantil.

Conforme leciona o professor Virgílio Afonso da Silva (2012, p. 16) no seu parecer acerca do tema de que trata essa presente monografia:

“A Constituição não garante, expressamente, um direito à publicidade. Isso não significa, contudo, que alguns direitos fundamentais, de forma extensiva, não possam servir como garantia dessa atividade. Existem diversas maneiras de se determinar a extensão de um direito fundamental. Neste parecer, como de resto em toda a minha produção acadêmica, parto da premissa de que direitos fundamentais têm um suporte fático e um âmbito de proteção amplos. No caso em análise, isso significa aceitar que existe, sim, um direito à publicidade. Esse direito pode ser fundamentado por meio das normas constitucionais contidas no art. 5º, IV (liberdade de expressão) e IX (liberdade de comunicação) e no art. 220 (liberdade de imprensa), além das normas sobre livre iniciativa, contidas, por exemplo, no art. 170, caput.”

Primeiramente, com relação a esses direitos fundamentais cumpre destacar que eles apresentam o mesmo nível de hierarquia e para que seja realizada a valoração de um em detrimento de outro é necessária uma abordagem concreta que leve em conta a proporcionalidade.

Nesse sentido, grande parte da doutrina indo na mesma linha do que afirma Robert Alexy (2008, p. 93-95), considera a ponderação de valores, ou no caso, a ponderação desses direitos fundamentais o método de solução adequado quando há um conflito aparente entre eles. Desse modo, não há como tratar dos direitos fundamentais intrínsecos à publicidade em rota de choque com os direitos fundamentais relacionados à proteção da criança, sem a análise do caso concreto para que um possa ceder em relação ao outro da forma menos gravosa.

Nas palavras do professor Luís Roberto Barroso (2006, p. 265):

Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.

Portanto, a análise dos dados empíricos, e a constatação de uma evidente relação entre a publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança como fator preponderante no aumento dos níveis de obesidade infantil, como uma das causas de um maior consumismo e da desvirtuação de valores infantis, talvez sejam mais importantes do que a análise abstrata de um conflito de direitos fundamentais. Ou seja, não há espaço para arbitrariedades ao se tratar de direitos fundamentais tão importantes.

Além disso, conforme leciona Daniel Sarmento (2006, p.293):

“Apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.”

Isso demonstra que a restrição de um direito fundamental é possível, se observada a proporcionalidade adequada ao caso concreto e a necessidade daquela medida para a defesa de outro direito fundamental. Em suma, não existe direito fundamental absoluto.

Com relação a liberdade de expressão a Constituição Federal garante no artigo 5º, inciso IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Sem dúvidas a liberdade de expressão é um corolário do atual regime democrático, ela basicamente se confunde com a ideia de democracia, pois não é possível imaginar democracia sem a existência e a defesa da liberdade de expressão. Tanto é que chega a ser paradoxal pensar que mesmo para discutir uma limitação da liberdade de expressão você tem que exercê-la.

Nas palavras do professor João Costa Neto (2014, p. 47):

“A liberdade de expressão como tal abrange todo e qualquer tipo de pensamento, independentemente de seu conteúdo e, até mesmo, da sua falta de fundamento. Logo, encontra limites, única e tão somente, em bens jurídicos constitucionalmente tutelados, desde que abstratamente enunciados. Ou seja, mesmo tais bens jurídicos não podem ser açambarcados irrestritamente. É necessário que as fronteiras fixadas com base neles sejam gerais e abstratas, de modo a propiciar o livre debate de ideias e fomentar o debate plural e democrático.”

Apesar de toda a inegável importância que possui, a liberdade de expressão não é um direito absoluto. Ives Gandra e Celso Bastos em 1989, logo após a promulgação da Constituição Federal já detinham atenção ao fato de que deveriam ser pensadas hipóteses em que a liberdade e a expressão do pensamento pudesse ferir outros direitos assegurados constitucionalmente. (BASTOS e MARTINS, 1989 apud LOPES, 2010, p. 12).

Como bem assevera Cristiano Lopes (2010, p. 12):

“E um dos possíveis conflitos é entre a liberdade de expressão da publicidade e a proteção integral à criança e ao adolescente. Por isso, as regras sobre a publicidade destinada a crianças não representam, em tese, uma restrição à liberdade de expressão, mas tão somente mecanismos para a contenção de abusos e para a proteção de um grupo sabidamente vulnerável. São regras que emanam da própria Constituição, para contornar eventuais conflitos e para garantir que o interesse público seja preservado.

Mas, apesar de existir ampla previsão constitucional que referenda a elaboração de legislação que limite a publicidade dirigida a crianças, o fato é que existem poucas previsões sobre o tema, e de forma esparsa em diversas legislações. Não contamos hoje, como acontece em países como o Canadá, a Suécia, a Bélgica e a Irlanda, entre outros, com legislações que abordem de maneira específica regras sobre publicidade para crianças.”

Além disso, há um outro aspecto importante a se ressaltar com respeito à liberdade de expressão no Brasil. Por conta de um período político autoritário ainda recente na memória de muitos, no qual muitas liberdades individuais e muitos direitos foram cerceados, lidar com qualquer espécie de restrição à liberdade de expressão, ou melhor, quando o Poder Público busca agir com o objetivo de promover alguma restrição à mídia, remete-se à ideia de censura que foi vivida durante a ditadura. Isso causa uma reação, que nas palavras do professor Cristiano Lopes (2010, p.3), “costuma ser brutal e de certo modo exagerada”. Porque muitas vezes, apesar dessa defesa apaixonada da liberdade de expressão, também está em jogo um mercado de cerca de R\$ 30 bilhões em investimentos publicitários. (LOPES, 2010, p.3).

Porém, cabe ressaltar que a liberdade de expressão por meio da atividade publicitária não se confunde com a liberdade de expressão em geral. Portanto, uma possível restrição a essa liberdade de expressão comercial pode ir muito mais além do que uma restrição à liberdade de expressão como um todo, que se confunde com uma garantia liberal de proteção dos direitos do homem. A liberdade de anunciar e de promover o consumo é muito mais próxima da liberdade de iniciativa econômica do que da liberdade de expressão em si.

Nesse sentido, com relação à liberdade de expressão, é perfeitamente cabível uma restrição da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança, pois é evidente que seria um pequeno sacrifício para a atividade publicitária, basicamente teria que rever os mecanismos de atuação frente a esse mercado e buscar formas alternativas e menos prejudiciais de efetuar essa comunicação, ao mesmo tempo em que seria um ganho enorme para a manutenção e defesa dos direitos fundamentais da criança.

Nas palavras de Daniela Freitas da Silva (2011, p.16) citando Igor Rodrigues Britto:

“Isso seria possível, conforme Igor Rodrigues Britto (2010, p. 220) por meio de uma “ponderação de direitos e interesses constitucionais fundamentais com base na proporcionalidade. Verifica-se que a questão trata de colisão de direitos de liberdade”. Complementa o autor que ao se sopesar “os pesos e valores dos direitos fundamentais colidentes é possível encontrar a solução para o problema posto inicialmente e, assim, dar eficácia aos direitos fundamentais na relação privada existente entre anunciante (e publicitário) e a criança e sua família”. Outrossim, diante da obrigação de proteção legal e integral à criança, é que afirmamos seguramente que as mensagens publicitárias não podem mais circular sem restrições, já que o direito de fazer publicidade deve, indubitavelmente, sofrer restrições com vistas ao desenvolvimento saudável da criança. Por isso é possível afirmar que a liberdade de fazer publicidade não deve resistir sem restrições diante da necessidade de se proteger integralmente a criança, já que “a preservação dos direitos da infância, que possuem prioridades expressamente previstas no texto constitucional” é algo fundamental.”

Desse modo, é importante que a questão da proporcionalidade fique em primeiro plano, as restrições à atividade publicitária não podem ser excessivas, erradicar um câncer com a morte do organismo não faz nenhum sentido. Portanto, só deve ser restringido aquilo que promove a colisão dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o professor Virgílio Afonso da Silva (2012, p. 21) reitera que os direitos fundamentais não são absolutos e podem até mesmo ser restringidos por completo, se constatada a proporcionalidade com base na análise do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, vale destacar como ele resume esse problema:

“Em suma: restrições a direitos fundamentais (mesmo as totais) que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos porque a aplicação desse teste de proporcionalidade está associada à ideia de que o grau de proteção ao direito não é definido em abstrato, de forma absoluta, mas em concreto, de forma relativa. Resta portanto, saber se uma eventual proibição total da publicidade de produtos alimentícios com altos teores de sódio, açúcar, gorduras saturadas e gorduras trans e de bebidas não alcoólicas com

baixo valor nutritivo (refrigerantes), dirigida ao público infantil, passa nesse teste.”

Por outro lado, o professor Luís Roberto Barroso (2007, p. 82-83) destaca que a liberdade de expressão possui uma posição preferencial (*preferred position*), um peso superior, pois é a partir do exercício dela que podem ser manifestadas outras liberdades. Portanto, considera inviável sua restrição prévia se há a possibilidade de uma composição posterior que possa reparar os danos causados a qualquer direito de personalidade.

Para deixar claro tal posicionamento, com relação à restrição da publicidade, vale colacionar o que assevera o professor Barroso (2001, p. 43):

“No caso brasileiro é importante observar que, ao instituir o direito à publicidade e admitir sua restrição legal relativamente a alguns produtos, o constituinte o fez no capítulo dedicado à comunicação social, onde cuida especificamente dos meios de comunicação de massa: televisão, rádio e imprensa. É nesses veículos que a publicidade está assegurada, observadas as limitações validamente instituídas. Proibir a divulgação de produtos nesses meios é violar a norma constitucional.”

Porém, ao passo em que se evidencia o conflito de tantos direitos fundamentais ao tratar da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança, é imprescindível falar do direito à saúde como direito constitucionalmente assegurado e do papel do Estado como principal responsável por promover políticas públicas que busquem minimizar os riscos à saúde dos cidadãos. E, portanto, no que tange à proteção da saúde da criança, assegurar uma infância livre de publicidade abusiva de alimentos não nutritivos é essencial. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 7)

Ora, ainda segundo Luís Roberto Barroso (2007, p.99):

“O legislador infraconstitucional pode atuar no sentido de oferecer alternativas de solução e balizamentos para a ponderação nos casos de conflito de direitos fundamentais. Todavia, por força do princípio da unidade da Constituição, não poderá determinar, em abstrato, a prevalência de um direito sobre o outro, retirando do intérprete a competência para verificar, in concreto, a solução constitucionalmente adequada para o problema.”

Portanto, pelo menos dois principais pontos podem ser observadas diante da contraposição de direitos fundamentais relacionados à publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança: i) que a ponderação sobre qual direito fundamental poderá e em que medida se dará tal restrição deve ser analisada observando-se o caso concreto; ii) que a restrição de uma atividade publicitária abusiva que guarda relação direta com

a afronta de diversos direitos fundamentais é perfeitamente possível, observando-se prioritariamente a questão da proporcionalidade.

Diante disso, cabe ao Poder Público estabelecer de que forma essa restrição pode ser considerada proporcional no caso específico da publicidade de alimentos não nutritivos que é dirigida ao público infantil.

## **2 ALGUNS CASOS RELEVANTES NA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A PUBLICIDADE INFANTIL ABUSIVA DE ALIMENTOS NÃO NUTRITIVOS**

Primeiramente, é oportuno esclarecer o critério de escolha dessas três decisões que serão analisadas em seguida. As duas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo foram escolhidas devido à relevância que o Estado de São Paulo apresenta no cenário industrial de alimentos e bebidas e no campo da publicidade, até mesmo por concentrar o maior PIB dentre as unidades federativas do Brasil seria mais provável que as demandas relativas à publicidade de alimentos ou bebidas não nutritivos dirigida à criança ocorressem nessa jurisdição que concentra grande parte das sedes das grandes empresas desse setor.

Quanto à outra decisão que será analisada, ela foi escolhida pela sua importância, pois foi a primeira vez que o Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre o tema da publicidade infantil e decidiu contra o direcionamento da publicidade de alimentos não nutritivos para as crianças.

Além disso, a relevância econômica e o alto grau de conhecimento dessas empresas por parte da população, também contribuíram para a escolha deles como objeto de análise nesta presente monografia.

### **2.1 Caso “Coca-Cola” - Apelação nº 0125013-34.2008.8.26.0000 - Tribunal de Justiça de São Paulo**

O primeiro acórdão que será analisado foi proferido pela Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo diante da Apelação nº 0125013-34.2008.8.26.0000 (566.275.4/7), em que figura como apelante o Ministério Público do Estado de São Paulo e como apelada a “Coca Cola Indústrias Ltda”.

A referida apelação foi interposta no intuito de se modificar a sentença que julgou improcedente a Ação Civil Pública ajuizada em face da “Coca Cola” com o objetivo de restringir a publicidade de refrigerantes dirigida aos menores de 12 anos.

Pois bem, na Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo com o objetivo de proteger as crianças da publicidade de refrigerantes, sabidamente um dos fatores que contribuem para o aumento dos casos de obesidade infantil no Brasil e no mundo, requereu-se ao Poder Judiciário que obrigasse a Coca Cola Indústria Ltda a alterar a sua publicidade, para que excluísse das suas estratégias



de marketing aquelas voltadas ao público menor de 12 anos de idade e inclusive fizesse constar nos anúncios a advertência acerca dos malefícios que o consumo em excesso de bebidas com muito açúcar pode causar nas crianças.

Diante disso, o relator, Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, inicia seu voto ressaltando a posição da saúde como bem jurídico protegido constitucionalmente, que deve ser um direito de todos e dever do Estado o exercício dessa proteção. Em seguida, o relator passa a tratar da função exercida pelos médicos como responsáveis pelo prolongamento da vida dos doentes e logo depois destaca a existência de produtos e serviços existentes no mercado e que colocam a saúde, e até mesmo vidas em risco.

Dessa maneira, expõe ainda que o CDC se preocupou em resguardar esses direitos básicos do consumidor no seu texto, ou seja, o CDC tratou de consagrar como direitos do consumidor, a proteção da vida, saúde e segurança, dentre outros. Ainda nesse sentido, o eminente relator busca retratar que o papel do judiciário diante dos motivos que influenciam no cessar da vida, seria sancionar e prevenir, se possível, quando há um fator humano responsável por aquele dano.

No que tange à necessidade de defesa, o relator destaca a maior vulnerabilidade das crianças e dos mais velhos, concluindo dessa maneira o argumento de que a proteção da qualidade de vida e da saúde do consumidor são defendidos na Constituição Federal como referentes à dignidade da pessoa humana. Em seguida, discorre a respeito dos alimentos não nutritivos e outros produtos, próprios do *modus vivendi* da sociedade moderna, que geram vícios e causam malefícios à saúde coletiva. Nesse ponto, cabe destacar que o relator ressalta a colisão de direitos fundamentais presentes na lide, de uma lado a defesa da saúde e da segurança das crianças e do outro a liberdade de iniciativa econômica na exploração de um nicho comercial não proibido por lei.

Tendo isso em vista, o voto do relator se preocupa em salientar a necessidade de aferição da razoabilidade ou proporcionalidade de medidas restritivas no âmbito dessa relação comercial que envolve um consumidor ainda mais vulnerável, como no caso, os menores de 12 anos de idade.

Adiante, o eminente relator cuida-se de observar que não houve necessidade de produção de provas quanto às características não nutritivas do refrigerante, que apesar de ser rico em calorias é muito pobre em elementos essenciais a uma boa alimentação, inclusive assevera que os autos apresentaram provas suficientes para se estabelecer a relação entre o aumento dos casos de obesidade e diabetes com o consumo exagerado de refrigerantes.

Quanto à matéria processual, o acórdão rejeitou os argumentos alegados pela apelada de impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade passiva, confirmando que

há interesse legítimo do Ministério Público e que a ação foi corretamente dirigida ao fabricante.

Ao iniciar a análise do mérito, o relator passa a descrever, primeiramente, que não cabe ao Judiciário interferir nesse cenário por se tratar de uma atividade privada autorizada e por isso pode ser até mesmo inútil e desmoralizante, em alguns contextos. Depois, passa a descrever o refrigerante como uma espécie do gênero de alimentos engordativos e cita muitos outros alimentos desse tipo, concluindo que não há necessidade de se advertir nas embalagens de tais produtos que os mesmos são prejudiciais, segundo o eminente relator, é evidente que os riscos do consumo de tais alimentos é conhecido por todos e alega que a procura por tais produtos só diminuiria com uma campanha educativa.

Posto isso, o ilustre relator declara:

Não há, data vênua dos combativos representantes do Ministério Público, como substituir a incúria do serviço público por diretrizes judiciais, como se a proibição de anúncios direcionados ao público infantil, com restrição ao marketing voltado à captação de novos clientes com distribuição de brindes do gosto da molecada, pudesse refrear a corrida às latas e copos dos refrigerantes preferidos. Há nesse projeto uma indevida incursão nos domínios da esfera comercial, o que constitui um precedente perigoso para a segurança da licença concedida pelo art. 170, da Constituição Federal. O Estado não condena a comercialização de bebidas e permite que se ofereçam opções como o light e diet, de modo que o livre arbítrio continua sendo senhor da decisão a ser tomada e executada e não convém que o juiz regulamente o setor e estabeleça novos parâmetros de comercialização de um produto que não teve sua nocividade reconhecida, tanto que sequer se cogita de sua exclusão como produto aprovado para consumo.

Argumenta-que a proposta de restrição da publicidade está associada a quem não detém, ainda, poder de autodeterminação. Há, aí, um equívoco e uma incoerência. Os menores atuam na sociedade por representação e decidem suas vidas e seus caminhos por orientação familiar e das entidades que suprem esse papel quando ingressam nas escolas de recreação ou alfabetização infantil. Os pais das crianças e os educadores conhecem os riscos do consumo de refrigerantes, e não será necessário alertá-los para que orientem corretamente seus filhos e alunos dos perigos do excesso de peso provocado pelo acréscimo desvantajoso das calorias dos líquidos doces. Portanto, se as crianças não possuem discernimento para decidir, porque censurar o marketing de refrigerantes? O que a ação busca é uma proibição de venda para menores, o que é inadmissível sem que coexista uma política restritiva apoiada em decisões administrativas fundadas em pesquisas convincentes e confiáveis de que o refrigerante deva ser abolido da vida ou do cardápio das crianças brasileiras. (SÃO PAULO, 2009, p. 6-7)

Por fim, o Desembargador relator passa a argumentar que o Judiciário deve seguir os caminhos demarcados pela gestão pública no que concerne à autorregu-

lamentação do mercado publicitário, ou seja, evitando medidas restritivas que se assemelhariam à censura, segundo ele. Em seguida discorre a respeito da publicidade enganosa e adverte que no caso em tela, não houve falsas informações, nem a utilização de subterfúgios. Além disso, ressaltou que não há um estudo técnico ressaltando o perigo do consumo de Coca Cola e portanto não há necessidade de restrição da atividade publicitária veiculada, sendo assim, negou-se provimento ao recurso.

Ora, após detida análise do voto do eminente relator, percebe-se que ele se baseia em quatro principais pontos para negar provimento ao Recurso de Apelação do Ministério Público do Estado de São Paulo: i) que o refrigerante não pode ser considerado sozinho a causa dos problemas de obesidade e diabetes infantil; ii) que todos sabem que o consumo excessivo de refrigerante faz mal à saúde por isso não há necessidade de nenhuma advertência quanto aos malefícios do produto; iii) que as crianças não têm discernimento para decidir sobre o que podem consumir e por isso são dependentes dos seus pais que sabem dos malefícios causados pelo refrigerante; iv) que não houve publicidade enganosa e por isso não houve violação do artigo 37 do CDC.

Quanto ao primeiro ponto, certamente tem-se que concordar que o consumo do refrigerante não é sozinho a causa desses problemas de saúde que acometem cada vez mais crianças, porém a publicidade desse tipo de guloseima quando dirigida à criança, certamente repleta de estratégias comunicativas persuasivas e impositivas, principalmente quando direcionada a um público mais vulnerável, é sim um fator preponderante no aumento do consumo. Não fosse assim, não se investiriam quantias enormes nesse tipo de publicidade, chega a ser ingênuo pensar que a indústria investiria grandes quantias em algo que não tem um retorno comprovado. Desse modo, apesar de não ser o consumo do refrigerante o exclusivo causador da obesidade infantil, por exemplo, a restrição dessa publicidade veiculada ao público infantil pode influenciar positivamente na diminuição desse consumo, que em excesso, causa graves problemas.

Com relação ao segundo argumento, de que é notório que o consumo excessivo de refrigerantes e outros alimentos do gênero geram problemas de saúde, pode-se afirmar que de maneira geral, para adultos esse saber é notório, porém ao se tratar de crianças, principalmente quando influenciadas pela publicidade desses produtos que não advertem acerca dos males do consumo excessivo, pelo contrário, geralmente associam os seus produtos à felicidade, é de se esperar que o conhecimento notório por parte das crianças não seja o de que aquilo causa mal, mas sim de que aquilo que lhe é veiculado é bom e necessário. Portanto, ao se direcionar publicidade aos menores de 12 anos isso deve ser levado em conta, e o papel do Poder Judiciário diante de uma lide nesse sentido, seria de proteger aquele consumidor hipervulnerável que não pode ser tratado como um homem-médio adulto, pois ainda é um ser em formação.

Diante do terceiro ponto abordado no voto do relator, que considera que a atuação das crianças na sociedade só acontece por meio de representação e que os seus pais e educadores sabem de todos os malefícios do consumo exagerado de produtos como o refrigerante, e por isso não há necessidade de nenhuma restrição. Pois bem, é desacertado falar que as crianças só agem na sociedade por meio de representação. Hoje em dia, conforme demonstrado no primeiro capítulo desta monografia, cada vez mais cedo os menores de 12 anos possuem uma certa capacidade financeira proveniente de doações dos seus pais ou responsáveis e já possuem liberdade suficiente para utilizá-las por si próprios em ambientes livres da presença de adultos, como por exemplo na escola, ou até mesmo por meio de aplicativos na internet.

Além disso, seria exigir demais que os pais e os responsáveis pela educação dos pequenos sejam onipresentes e por isso consigam exercer essa função de protetores das escolhas das crianças a todo momento, e sejam eles também os sabedores de todos os malefícios causados pelo consumo excessivo de alimentos não nutritivos.

Quanto ao último argumento trazido no acórdão, que verificou a não existência de publicidade enganosa e destacou com isso a legalidade da publicidade da Coca Cola que foi direcionada às crianças, negando provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Comprovadamente, não houve publicidade enganosa, porém não foi apreciada a questão da publicidade abusiva, que também está prevista no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, e que é clara em observar que uma das condições de abusividade é a publicidade se aproveitar da deficiência de julgamento e da falta de experiência da criança. Ora, se o próprio relator afirma que as crianças não possuem discernimento para decidir, como considerar sem problemas uma publicidade que é direcionada a elas? Certamente esse raciocínio causa estranhamento.

Portanto, ao longo do que foi demonstrado no primeiro capítulo desta monografia e de acordo com os argumentos em que se baseou o acórdão para negar provimento à Apelação nº 125013-34.2008.8.26.0000 (566.275.4/7), se percebem alguns equívocos nessa decisão, que certamente precisaria ter sido revisitada.

## **2.2 Caso “McDonald’s” - Apelação nº 0018234-17.2013.8.26.0053 - Tribunal de Justiça de São Paulo**

Este segundo caso que será objeto de análise, trata-se do Acórdão proferido pela Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, que julgou improcedente o Recurso de Apelação nº 0018234-17.2013.8.26.0053, interposto pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/SP em face de Arcos

Dourados Comércio de Alimentos Ltda. (McDonalds).

Para que se inicie a análise do Acórdão, cabe resumir previamente os fatos que levaram à decisão. Primeiramente, no âmbito administrativo o PROCON/SP condenou a “Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda” ao pagamento de uma multa no valor de R\$ 3.192.000,00 por ter veiculado algumas publicidades do “McLanche Feliz” e dos seus brinquedos em afronta ao artigo 37, parágrafo segundo do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, utilizou-se da deficiência de julgamento e inexperiência da criança para alcançar determinado objetivo de mercado, que é uma das hipóteses previstas como publicidade abusiva.

Irresignado com tal decisão proferida no âmbito administrativo, o “McDonald’s” por meio dos seus advogados, ajuizou uma ação declaratória de nulidade de multa perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, na qual pediu o deferimento de tutela antecipada para que houvesse a suspensão da exigibilidade da multa.

Na decisão acerca da tutela antecipada percebe-se, com certa estranheza, que o Juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo ao tratar da lide que se refere ao artigo 37, parágrafo segundo, do CDC, ou seja, publicidade abusiva, colaciona na verdade um trecho respectivo à publicidade enganosa. Portanto, ele baseia sua decisão no fato de não ter havido má-fé por parte do autor na veiculação da publicidade, e assim defere a tutela antecipada, basicamente sem atentar para o fato de que publicidade enganosa e abusiva são coisas diferentes.

Cabe destacar a forma como o ilustre Juiz expôs seus fundamentos, diante do pedido de tutela antecipada:

“[...] Trata-se de ação declaratória de nulidade de multa, por violação ao artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, em que o autor sustenta que não houve publicidade abusiva de seus produtos, razão pela qual requereu, em sede de tutela antecipada, a suspensão da exigibilidade da multa, abstendo-se o réu de incluí-lo em dívida ativa ou a retirada, caso já tenha sido incluído.

É o relatório.

Decido.

Vale trazer os comentários de Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Martins sobre publicidade abusiva, in verbis:

“A publicidade enganosa, de que cuida o parágrafo primeiro, é a falsa, mas falsa é, não só a publicidade inverídica, mas toda aquela que puder induzir, o consumidor, em erro a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e, como especifica a lei, quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. (in “Código do Consumidor Comentado”, 2ª Edição, 2ª Tiragem, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 205/207).”

O abuso, conforme supra explanado, consiste na existência, por parte do anúncio de má-fé apta a incutir determinada vontade ou induzir o consumidor a certo comportamento, no caso, a criança, valendo-se

de sua deficiência de experiência ou julgamento. Compulsando os autos, não vislumbro, em uma primeira análise, traços de abusividade na publicidade levada a efeito pelo autor, motivo pelo qual, aliado à reversibilidade da medida caso a ação venha a ser julgada improcedente, defiro a antecipação dos efeitos da tutela para suspender a exigibilidade da multa oriunda do Auto de Infração nº 5465, série D7, lavrado em face do autor, com as consequências advindas, até decisão judicial em contrário.[...]” (SÃO PAULO, 2013, p. 1)

Isto posto, a discussão no âmbito judicial se pautou basicamente acerca da existência ou não de abuso nas campanhas publicitárias do autor. O Autor apresentou alguns pontos referentes à não abusividade das campanhas, pautado principalmente nos argumentos de que quem tem o poder de decisão e de ingerência dentro do consumo da família são os pais, e portanto a publicidade é sempre direcionada a eles, e que não há dispositivo legal que impeça a veiculação de publicidade para crianças. Por outro lado, o PROCON/SP defendeu que a publicidade foi dirigida às crianças e é facilmente perceptível ao analisar o conteúdo delas, e que houve clara violação do art. 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Diante dos fatos e dos direitos alegados na inicial e na contestação, a Sentença, que teve um maior cuidado ao abordar corretamente os conceitos de “publicidade enganosa” e “publicidade abusiva”, dessa vez diferenciando-os, foi clara em afirmar que não se vislumbrou abusividade nas campanhas publicitárias referentes ao processo, e que se não há diploma normativo que considere a publicidade dirigida ao público infantil, por si só, como ilegal, não há como impedir esse tipo de atividade, ao passo que poderia se tratar até de censura prévia ou cerceamento da manifestação do livre pensamento.

Sendo assim, julgou-se procedente a ação em 1ª instância, declarando-se nula a multa que havia sido aplicada.

A partir disso, foi interposta a Apelação nº 0018234-17.2013.8.26.0053 que buscava reverter a Decisão de 1º Grau. Porém, o Acórdão da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à Apelação onde destacam-se os seguintes pontos: i) que a Resolução nº 163/2014 do CONANDA só foi lançada em 2014 e a questão *sub judice* foi autuada em 2008 e a multa aplicada em 2010, portanto não caberia menção a esse diploma normativo; ii) que a sociedade brasileira é capitalista e por isso deve aguentar as consequências desse modelo econômico; iii) que cabe à família decidir o que é bom ou ruim para as crianças, pois se elas forem bem educadas desde cedo saberão resistir aos apelos consumistas; iv) que a inclusão social se dá pelo consumo e que a publicidade dirigida à criança não será sempre abusiva.

Com respeito à questão temporal, o voto do relator Fermino Magnani Filho foi exato em observar que não se pode utilizar um diploma normativo que foi confeccionado posteriormente ao acontecimento do fato como justificativa para o pedido em apreciação. Apesar de que, segundo o relator, essa questão é apenas secundária, pois ele nem sequer observou a existência de abusividade nas campanhas publicitárias do Apelado.

Um dos argumentos utilizados pelo eminente relator para considerar a inexistência de abusividade nas estratégias de marketing em questão foi o fato de que é papel dos pais, da família e dos responsáveis pela educação dos pequenos, mostrar-lhes a direção mais adequada com relação às escolhas, para que aprendam a resistir aos apelos consumistas. Ora, sem dúvida, os pais e responsáveis são muito importantes nessa formação e criação do pensamento crítico dos menores de 12 anos, mas falar que os pais devem ser responsáveis por ensiná-los a respeito do consumismo, do que faz bem ou faz mal, é praticamente admitir que a criança é um ser hipervulnerável que ainda não possui condição de realizar esse tipo de julgamento sozinha, então se constatado que a publicidade é dirigida a elas, que faz uso de estratégias chamativas e influenciadora de conduta, que é o caso, é lógico que se está utilizando a inexperiência das crianças para vender aquele produto, o que configura publicidade abusiva nos termos do artigo 37, § 2º do CDC.

Com relação ao modelo econômico adotado pela sociedade brasileira e as consequências disso para a infância, cabe destacar o seguinte trecho do voto do relator:

”[...]3- Consequência do modelo socioeconômico ocidental, não é de hoje que o mercado publicitário se ocupa de direcionar as peças produzidas para cada nicho de consumo, buscando cativar clientelas específicas e inculcar a necessidade muita vez inexistente de aquisição de produtos e serviços. Faz parte do nosso sistema e, mais e mais, inclusão social é consumo. Crianças, é fato, são mais suscetíveis de se curvar à insistência mercadológica. É nítido o direcionamento das mensagens que visam atingir o seu universo lúdico particular: cores sortidas e vibrantes, situações e imagens de alegria, brindes de personagens infantis. Esta é a porta de acesso que induz os pequenos ao querer, ao desejo dos produtos e serviços.[...]“

Certamente, há uma série de benefícios para a sociedade que são provenientes do modelo socioeconômico adotado no Brasil, mas isso não deveria justificar a utilização de uma prática abusiva, rechaçada pelo Código de Defesa do Consumidor, que é a utilização de uma posição de superioridade em detrimento da fragilidade da criança, que acaba por restringir a liberdade do outro no exercício da sua. Principalmente ao restringir a liberdade de um público infantil, que deveria ter uma proteção prioritária.

Com relação à expressão: "inclusão social é consumo", que foi utilizada no voto do relator, pode-se dizer que atrelar a inclusão social essencialmente ao consumo, é jogar para um plano secundário as relações sentimentais, os laços afetivos, amorosos e de amizade. A inclusão social, se dá por diversos âmbitos, não só o financeiro ou profissional que permitem esse aspecto de consumo.

Portanto, diante da análise do Acórdão que negou provimento à Apelação nº 0018234-17.2013.8.26.0053, percebe-se que, assim como no primeiro caso analisado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não vai considerar como abusiva uma publicidade simplesmente por ser dirigida à criança, ainda que se demonstre que no caso dos menores a deficiência de julgamento e a evidente inexperiência estão presentes em quase todos os casos. Pois é da essência da publicidade buscar a realização de uma atitude, influenciar a uma tomada de decisão, mas você direcionar isso para quem ainda não possui senso crítico suficiente é abusivo, é deturpar valores constitucionais, principalmente em se tratando de produtos que comprovadamente causam problemas quando consumidos em excesso.

### **2.3 Caso "Bauducco" - Recurso Especial nº 1.556.086/SP - Superior Tribunal de Justiça**

Esse terceiro caso que será analisado neste trabalho apresenta uma grande importância por ter sido a primeira vez que o Superior Tribunal de Justiça se posicionou sobre o tema da publicidade infantil abusiva, e certamente, proferiu a decisão mais substancial, com respeito a esse tema, até hoje no Brasil.

Para contextualização e melhor entendimento do Acórdão proferido no STJ, é cabível fazer uma espécie de resumo de todas as etapas que ocorreram ao longo do processo.

Esse caso se inicia com a campanha publicitária "É Hora do Shrek" que buscava promover a venda e o consumo de biscoitos e bolinhos doces da linha "Gulosos Bauducco" e foi patrocinada pela Pandurata Alimentos Ltda., detentora da marca "Bauducco". A publicidade é claramente dirigida ao público infantil por apresentar personagens do filme em desenho animado do "Shrek", apresenta ainda termos no imperativo como "junte", "troque" e "colecione", e ainda condiciona o recebimento de um relógio exclusivo, que é exaltado no vídeo da campanha, à troca de 5 embalagens dos produtos "Gulosos" mais o pagamento do valor de R\$ 5,00.

Diante disso, por meio do "Projeto Criança e Consumo", o Instituto Alana fez uma representação ao Ministério Público do Estado de São Paulo descrevendo as aparentes ilegalidades presentes na publicidade em questão. Com isso o Ministério



Público do Estado de São Paulo ajuizou uma Ação Civil Pública reiterando a existência de publicidade abusiva que se aproveita da deficiência de julgamento e inexperiência da criança e também constata a prática de venda casada.

A Ação Civil Pública se baseava juridicamente nos diplomas do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente que proíbem a prática da publicidade abusiva dirigida à criança e também a venda casada, além disso, ainda expõem o que o próprio CONAR sugere no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária como imprópria esse tipo de publicidade da Pandurata Alimentos Ltda.

Porém, a Ação Civil Pública foi julgada improcedente pela 41ª Vara Cível Central do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo principalmente sob as alegações de que a publicidade é inerente às sociedades de consumo e por isso não pode existir atividade mercadológica sem a presença de publicidade, que essa prática é comum no mercado brasileiro e como a participação na promoção é de cunho facultativo não haveria qualquer abusividade, mesmo que seja direcionada ao público infantil na tentativa de angariar este público, além disso, alega ainda que os contornos da publicidade abusiva não estão definidos no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto julga improcedente a ação por não se configurar venda casada e nem publicidade abusiva, citando ainda os argumentos de que mesmo sendo voltada para as crianças o poder de decisão quanto à aquisição dos produtos é dos pais ou responsáveis, e quanto à venda casada considerou inexistente pelo fato de a empresa ser do ramo alimentício e não de relógios, portanto era apenas um brinde para atrair a atenção dos consumidores e se diferenciar dos concorrentes e não uma venda.

Irresignado com o resultado da Sentença, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs apelação para ver modificada tal decisão.

Na Apelação nº 0342384-90.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, o MPE/SP reiterou os argumentos de que a campanha publicitária não está de acordo com Constituição Federal e com as leis, que houve venda casada pela necessidade de aquisição de um produto para poder adquirir outro, que a ré agiu de forma abusiva pois não respeitou a necessidade de maior proteção à criança e se utilizou da inexperiência e deficiência de julgamento que são inerentes a esse público ainda em formação, além de estimular o consumo pelo consumo.

Diante desses argumentos, o Acórdão da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento à Apelação ao observar que a publicidade "É hora de Shrek" apresentou-se como hipótese de venda casada, que é vedada por lei, ao exigir a compra de um produto como requisito para se adquirir produto diverso. No que tange à publicidade abusiva que se utiliza de inexperiência e deficiência de julgamento da criança, o voto do relator, foi claro ao afirmar que nem sempre aquilo que é corriqueiro é normal ou legal, e portanto tal tipo de comportamento

publicitário deve ser desencorajado, pois é contrário ao que dispõe o próprio CONAR ao utilizar-se de verbos no imperativo induzindo o comportamento da criança e por causar uma sensação de inferioridade aos que não possuem o produto veiculado no anúncio publicitário. Sendo assim, a Pandurata Alimentos Ltda. foi condenada a não mais promover campanha publicitária dirigida à criança e não adotar práticas comerciais que impliquem em venda casada, também foi condenada a pagar uma indenização pelos danos difusos cometidos, no valor de R\$ 300.000,00.

Com base nessa decisão, a Pandurata Alimentos Ltda interpôs Recurso Especial junto ao Colendo Superior Tribunal de Justiça requerendo o restabelecimento da sentença de primeiro grau e afastamento da condenação que foi proferida no Acórdão de segunda instância. O Recurso Especial não foi admitido pelo TJSP. Tendo isso em vista, a recorrente agravou ao STJ para ter o seu Recurso Especial apreciado e provido.

O Agravo foi conhecido e teve seu provimento negado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Humberto Martins. Então foi interposto pela Pandurata Alimentos Ltda. Agravo Regimental objetivando a reconsideração da decisão proferida diante do Agravo, que o conheceu e negou provimento. Tendo em vista a relevância do tema, o mesmo relator, reconsiderou a decisão que foi proferida no agravo, para permitir a discussão do tema diante do Superior Tribunal de Justiça em sede do Recurso Especial que havia sido anteriormente obstado.

A partir de então passa-se a análise do Acórdão proferido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça diante do Recurso Especial nº 1.556.086/SP, que restou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, *mutatis mutandis*, o disposto na Súmula 284/STF.

2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente "venda casada", ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC).

3. In casu, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos".

Recurso especial improvido.

Dessa maneira, o Recurso Especial teve seu provimento negado por unanimidade, tendo em vista que todos os membros que compunham a Segunda Turma naquela ocasião votaram com o relator, Ministro Humberto Martins.

Na discussão do mérito, o voto do ministro relator se pautou principalmente acerca da abusividade da publicidade que se dirige à criança seja direta ou indiretamente, pois se a decisão de compra ou de consumo deve residir com os pais, influenciar ou buscar incutir nas crianças determinado comportamento deturpando o poder familiar é a caracterização clara de um abuso, previsto no artigo 37, § 2º da Lei 8.078/90, portanto é ilegal a publicidade que se dirige à criança e conseqüentemente aproveita-se da sua inexperiência ou deficiência de julgamento, onde acaba por retirar dos pais esse papel fundamental na formação dos pequenos.

Quanto à venda casada, considerou-se a presença de ilegalidade por verificar-se a necessidade de se adquirir cinco produtos da linha "Gulosos" para poder adquirir o relógio do "Shrek".

O voto da Ministra Assusete Magalhães, presidente da sessão, também cuidou em destacar que nesse caso a publicidade abusiva e a venda casada que restaram configuradas, são ainda mais prejudiciais por terem como alvo o público infantil, que tem seu discernimento incompleto e mesmo assim uma capacidade enorme de convencimento sobre seus pais e responsáveis.

Importante destacar ainda o voto do Ministro Herman Benjamin, que ressaltou tratar-se de um caso paradigmático no Superior Tribunal de Justiça, e que essa campanha publicitária "É Hora de Shrek" é abusiva duas vezes, uma por se tratar de publicidade abusiva de alimentos dirigida à criança e outra por apresentar uma típica venda casada ao só possibilitar a aquisição do relógio, mediante a aquisição prévia de 5 produtos da linha "Gulosos". Assevera inclusive que isso não se trata de "paternalismo sufocante" nem moralismo demasiado, e adverte que a autoridade para decidir sobre a dieta dos filhos é dos pais, e portanto nenhuma empresa tem o direito de pela publicidade interferir no âmbito do poder familiar.

No voto do Ministro Herman Benjamin vale ressaltar que ele compara os argumentos utilizados pela defesa da Pandurata Alimentos Ltda. aos argumentos utilizados pela indústria do cigarro quando da restrição da publicidade dos fumígenos. Também destaca que não é por conta da quantidade de anúncios que são feitos nesse sentido que reside aí uma legalidade, e nesse ponto inclusive expõe que a função do Superior Tribunal de Justiça é prestar esse serviço reparador à sociedade, quanto ao fato de não ter havido nenhuma reclamação dos consumidores por conta da publicidade veiculada, o ministro coloca que de acordo com o Código de Defesa do Consumidor não estabelece um sistema de infração de resultado, basta a prática em si mesma para caracterizar a ilegalidade.

Portanto, esse julgamento histórico considerou, por unanimidade, abusiva a publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança e ainda considerou a prática de venda casada presente na campanha promovida pela recorrente Pandurata Alimentos Ltda., detentora da marca "Bauducco".

Diante dessa irretocável decisão, foi interposto Recurso Extraordinário onde alega-se que o Acórdão do STJ violou os princípios de liberdade de expressão, legalidade e livre iniciativa. O Recurso Extraordinário interposto pela Pandurata Alimentos Ltda. foi inadmitido no Superior Tribunal de Justiça sob o argumento de que a possível ofensa ao Texto Constitucional só ocorreria por via reflexa, tendo em vista que o Acórdão da Segunda Turma se baseou na legislação infraconstitucional para fundamentar seu julgamento.

Atualmente, em 15 de fevereiro de 2017, o processo referente a esse caso se encontra aguardando posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal acerca do Agravo em Recurso Extraordinário que pretende o prosseguimento do recurso para que aconteça a análise do STF sobre a questão constitucional presente no caso, segundo a recorrente.

Portanto, verifica-se que provavelmente em breve o Supremo Tribunal Federal irá se posicionar sobre o presente tema, o que será muito enriquecedor para o debate em questão. No entanto, vale destacar que o Acórdão proferido no Superior Tribunal de Justiça teve o cuidado de analisar a questão da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança da maneira que merece ser analisada, levando-se em conta o potencial ofensivo desse tipo de prática quando veiculada a um público hipervulnerável, que ainda não possui capacidade jurídica de realizar um negócio jurídico e mesmo assim é colocada no pólo passivo dessa relação entre o fornecedor e consumidor de publicidade.

### **3 A CONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO DA PUBLICIDADE DE ALIMENTOS NÃO NUTRITIVOS DIRIGIDA À CRIANÇA**

Primeiramente, ao se debruçar sobre a constitucionalidade da restrição infra-constitucional de um direito constitucionalmente garantido, a jurisprudência e a doutrina são praticamente uníssonas em declarar que se faz necessária a observação da proporcionalidade. Esse teste da proporcionalidade, nas palavras do professor Virgílio Afonso da Silva (2012, p. 20), seria elemento essencial para averiguação da constitucionalidade de uma restrição que respeitasse também os requisitos de forma e competência.

Nesse sentido, se buscará demonstrar neste terceiro capítulo os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da restrição da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança.

#### **3.1 A adequação da restrição da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida ao público infantil como meio viável para a diminuição dos impactos causados.**

Os impactos causados pela publicidade infantil são os mais diversos, sendo alguns deles prejudiciais à saúde, à infância e ao desenvolvimento dos pequenos. Como foi demonstrado no primeiro capítulo dessa monografia, a publicidade infantil de alimentos não nutritivos guarda uma relação direta com o problema da obesidade infantil e em alguns casos até mesmo influencia no comportamento consumista dos mais jovens.

Para retomar tudo que foi demonstrado ao longo do primeiro capítulo, cumpre destacar o que expõe o Guia Alimentar para a População Brasileira desenvolvido pelo Ministério da Saúde em 2014 no que concerne à publicidade de alimentos ultraprocessados:

"A publicidade de alimentos ultraprocessados domina os anúncios comerciais de alimentos, frequentemente veicula informações incorretas ou incompletas sobre alimentação e atinge, sobretudo, crianças e jovens.

Os brasileiros de todas as idades são diariamente expostos a diversas estratégias utilizadas pelas indústrias de alimentos na divulgação dos seus produtos. Comerciais em televisão e rádio, anúncios em jornais e revistas, matérias na internet, amostras grátis de produtos, ofertas de brindes, descontos e promoções, colocação de produtos em locais estratégicos dentro dos supermercados e embalagens atraentes são

alguns dos exemplos mais frequentes dos mecanismos adotados para a sedução e convencimento dos consumidores.

Mais de dois terços dos comerciais sobre alimentos veiculados na televisão se referem a produtos comercializados nas redes de fastfood, salgadinhos “de pacote”, biscoitos, bolos, cereais matinais, balas e outras guloseimas, refrigerantes, sucos adoçados e refrescos em pó, todos esses ultraprocessados. A maioria desses anúncios é dirigida diretamente a crianças e adolescentes. O estímulo ao consumo diário e em grande quantidade desses produtos é claro nos anúncios.

Além disso, com base no que veem nos comerciais, crianças e adolescentes, e a população em geral, são levados a acreditar que os alimentos ultraprocessados têm qualidade superior a dos demais ou que tornarão as pessoas mais felizes, atraentes, fortes, “supersaudáveis” e socialmente aceitas ou, ainda, que suas calorias seriam necessárias para a prática de esportes.

Se comerciais, anúncios, ofertas, promoções e embalagens são convincentes e sedutores para os adultos, para as crianças são ainda mais. As crianças estão em um processo especial de desenvolvimento e, sozinhas, ainda não conseguem compreender muitos dos elementos do mundo adulto. Cada vez mais precocemente, as crianças se constituem no público-alvo da publicidade de alimentos. Isso por conta da influência que exercem na escolha das compras das famílias e também porque estão formando hábitos de consumo que poderão prolongar-se pelo resto de suas vidas.

A publicidade dirigida a crianças usa elementos de que elas mais gostam, como personagens, heróis, pessoas famosas, músicas, brinquedos, jogos e coleções; está presente nos espaços de sua convivência, como escolas, espaços públicos, parques e restaurantes; e utiliza os meios de comunicação a que elas estão mais expostas, como televisão e internet. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 117-120).

Pois bem, a adequação de uma medida restritiva se refere ao simples fato de que se aquela medida restritiva for tomada, a finalidade a que se destina será alcançada. Ou seja, para fins de comprovação de adequação não é necessário que aquela medida seja a melhor, ou a mais adequada, mas apenas que seja um dos meios aptos para se alcançar determinado fim.

Portanto, no caso da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança, a adequação estará comprovada se pudermos verificar que a restrição da publicidade desse tipo de alimento para esse público específico conseguirá diminuir os impactos causados pelo consumo em excesso desses produtos. De certa forma, seria tentar prever se caso não houvesse a publicidade dirigida ao público infantil, se os problemas de obesidade e consumismo, por exemplo, desapareceriam ou pelo menos diminuiriam.

Ora, se já foi comprovado que há uma relação direta entre a publicidade e o aumento do consumo, tanto é que as empresas investem quantias exorbitantes nesse mercado publicitário, é mais do que óbvio que realizar o contrário, ou seja, a restrição ao invés da persuasão e da imposição, conseguiria no mínimo diminuir os

níveis alarmantes em que se encontram as taxas de obesidade infantil e provavelmente o problema do consumismo e da adultização da infância.

Portanto a restrição da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança certamente é uma medida adequada para a resolução dos problemas relacionados ao consumo excessivo desses produtos, como a obesidade infantil e o consumismo.

### **3.2 A necessidade de restrição da publicidade infantil de alimentos não nutritivos.**

A análise da necessidade de uma medida restritiva já é um pouco mais complexa do que a análise quanto à adequação, pois no caso da necessidade, segundo o professor Virgílio Afonso da Silva (2012, p. 25), "para que uma medida seja considerada necessária, não pode haver outra medida tão eficaz quanto e que, ao mesmo tempo, restrinja menos o direito atingido."

Conforme Roberta Pereira Negrão Costa (2009, p. 14):

"O exame de necessidade é também denominado de exame de exigibilidade, de indispensabilidade, da menor ingerência ou, ainda, da intervenção mínima. Isso porque nesse exame busca-se identificar qual dentre as medidas adequadas a promover o fim é a que gera a menor restrição possível na espécie. Busca-se, nesse momento, o instrumento menos gravoso, dentre as alternativas anteriormente consideradas adequadas, para alcançar o objetivo pretendido. Persegue-se, nesta fase, a medida considerada a mais eficaz ou efetiva para promover o fim, mas que menos restringe o exercício do direito fundamental por seu titular. Neste momento, analisa-se qual das alternativas gera a menor restrição possível na espécie. Persegue-se o meio menos desvantajoso, aquele que possa igualmente promover o fim escolhido que menos restringe direitos fundamentais. Um ato estatal que limita um direito fundamental só é necessário se o objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por outro meio menos restritivo. Diferentemente do exame de adequação, no qual se faz uma análise absoluta dos meios, o exame de necessidade efetua uma análise comparativa entre as medidas adequadas. Nessa fase, realiza-se um cotejo das medidas aptas a promover o fim, escolhendo por aquela que menos restringe direitos. Trata-se da adoção de um parâmetro de eficiência adotando, também, o critério da menor prejudicialidade. Assim, na análise de necessidade questiona-se não a escolha operada, mas sim o meio empregado, devendo ser o mais suave, aquele que gere a menor desvantagem possível."

Pois bem, para a caracterização de uma medida necessária ela deve apresentar-se como a detentora do melhor equilíbrio entre eficácia e restrição, buscando-se sempre a maior eficácia e a menor restrição possível.

Nesse sentido, podemos considerar três espécies hipotéticas de medidas adequadas: i) uma medida com a máxima eficácia, porém uma máxima restrição; ii) uma medida com a mínima restrição, no entanto com uma mínima eficácia; e iii) uma medida com eficácia média e uma restrição média.

A eficácia em questão se refere à probabilidade de redução dos impactos negativos provenientes do consumo demasiado de alimentos não nutritivos que é amplamente estimulado por meio da publicidade dirigida ao público infantil. Já a restrição se refere à menor quantidade de veiculação ou ao menor potencial impositivo das publicidades desse gênero.

Sendo assim, o primeiro caso hipotético seria uma proibição total da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança, e é evidente que sem nenhum anúncio desse tipo de produto voltada ao público infantil, o consumo certamente cairia ao longo dos anos, pois sem haver nem o conhecimento ou a informação a respeito daqueles produtos, poucas pessoas teriam interesse em consumir aquilo, muito menos em grandes quantidades. Certamente isso diminuiria bastante os impactos negativos que são causados pelo consumo em exagero desses alimentos. Porém, ao se realizar uma proibição tão forte, muitas vezes as consequências podem ser piores, como causar o fim daquele mercado e acabar punindo uma quantidade bem maior de pessoas que aprecia aquilo. Ainda assim, se for constatado que uma proibição total pode ser proporcional, nada impede que ela venha a acontecer.

O segundo caso seria praticamente a autorregulamentação que já ocorre no Brasil, na qual há pouca restrição a essa atividade publicitária, mas por outro lado, o preço que se paga são esses altos níveis de obesidade infantil, uma clara desvirtuação do poder familiar na tomada de decisões quanto à alimentação dos filhos, e até mesmo o incentivo ao consumismo cada vez mais cedo, que acaba deturpando valores infantis que são deixados de lado por conta de uma adultização precoce das crianças.

Nesse ponto, cabe destacar o que coloca o ilustre professor Virgílio Afonso da Silva (2012, p. 25):

"No entanto, no debate acerca da restrição à publicidade destinada a crianças, ao menos nos termos do teste da proporcionalidade, a autorregulamentação poderia ser pensada como uma alternativa à regulamentação estatal (incluindo a vedação total de alguns tipos de publicidade) apenas se se mostrar tão eficiente quanto a medida estatal cogitada. O simples fato de a autorregulamentação ser talvez menos restritiva de direitos do que a regulamentação estatal não é suficiente. A razão é trivial: se bastasse ser menos restritiva, toda medida estatal, em qualquer âmbito dos direitos de liberdade, seria desproporcional, porque sempre haveria uma alternativa – a omissão estatal – porque a omissão é sempre a medida menos restritiva de todas. Não fazer nada em relação à publicidade é, por razões óbvias, menos restritivo ao



direito à publicidade do que fazer alguma coisa, não importa o que. É por essa razão que o exame da necessidade de uma medida envolve duas variáveis e ambas têm que ser atendidas. Assim, uma medida só é uma verdadeira alternativa se for, ao mesmo tempo, tão eficiente quanto e menos restritiva do que a medida estatal adotada.”

Portanto, certamente o ideal e semelhante à terceira situação hipotética, seria a adoção de uma medida que leve em conta esse equilíbrio entre eficácia e restrição. Existem diversas formas de se fazer isso, mas certamente é pela regulação estatal, atenta aos diversos pontos sensíveis desse tema e específica no que tange à proteção da criança, que se conseguirá a manutenção dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e livre iniciativa econômica e ao mesmo tempo os direitos à saúde, alimentação e à infância.

Uma das alternativas possíveis pode ser a restrição do horário em que são permitidas tais campanhas publicitárias, ou a não utilização de personagens, figuras e músicas infantis, a exposição de anúncios quanto aos riscos daqueles produtos, a vinculação destas campanhas com outras que influenciem uma alimentação realmente saudável e a prática de atitudes sadias, podem ser diversas formas de solução, mas que certamente derivarão de muito debate e dedicação do Poder Público sobre o tema.

Como comparativo, é importante ressaltar o que ocorre na Irlanda, por exemplo:

“Na Irlanda foi desenvolvido o Código de Publicidade Infantil, um documento detalhado acerca do tema e que se tornou referência mundial. O código ressalta que crianças em diferentes idades merecem diferentes tipos de proteção, por isso prevê regras gerais, que se aplicam a toda a publicidade infantil, e regras específicas, aplicáveis à publicidade dirigida a menores de 6 anos e a maiores de 15 anos. Além disso, há um amplo detalhamento acerca da exploração da credulidade e ingenuidade da criança, com diretrizes de utilização de estratégias e abordagens de comunicação e apresentação dos produtos nos anúncios. Os anúncios de alimentos e bebidas não podem encorajar hábitos não saudáveis, como seu consumo excessivo ou compulsivo. Eles também não podem conter informações erradas sobre o valor nutricional do produto anunciado, nem fazer comparações incorretas entre alimentos, não podendo ainda levar a entender que os alimentos anunciados podem substituir frutas ou verduras. Nos anúncios de fast food, deve haver um alerta visual ou acústico com as recomendações: “deve ser consumido com moderação e como parte de uma dieta balanceada.” (SILVA, 2011, p. 50).

Portanto, regulamentar as práticas de publicidade e comercialização de alimentos não saudáveis, aprimorar a aplicação das leis já existentes, mas principalmente criar uma legislação federal específica sobre o tema seria de grande importância. Sem dúvidas, é papel do Estado, proporcionar políticas públicas que consigam regulamentar

com eficácia a publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança, além de garantir os direitos que já estão inseridos no ordenamento jurídico brasileiro.

### **3.3 A proporcionalidade em sentido estrito de uma restrição à publicidade de alimentos não nutritivos dirigida ao público infantil.**

A análise da proporcionalidade em sentido estrito, como bem observa Roberta Negrão Costa (2009, p. 15), inclusive citando Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 40), Canotilho (1998, p. 263) e Robert Alexy (1997, p. 112-113), pode ser entendida assim:

”O exame de proporcionalidade em sentido estrito se traduz na ponderação, no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. Nesta fase, analisar-se-á o equilíbrio entre eventuais danos causados (carga coativa) e as vantagens (benefício social) decorrentes do atingimento do objetivo pretendido. O resultado obtido com o ato estatal deve ser proporcional a carga coativa, ou seja, deve haver correspondência entre meio e fim.

Faz-se a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção da medida? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

Trata-se de ponderação entre o gravame imposto e o benefício trazido. Busca-se, com isso, aferir o equilíbrio entre os eventuais danos causados ao cidadão e as vantagens decorrentes do atingimento da finalidade pretendida. Realiza-se o sopesamento entre a intensidade da restrição a um direito atingido e a importância da realização de outro direito que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida. Para que seja considerada desproporcional não é necessário que a medida não realize um direito fundamental ou atinja seu núcleo essencial, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito atingido.

Nesse momento, os meios e os fins são equacionados mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. Trata-se de uma análise da justa medida. Busca-se, com essa análise, estabelecer uma correspondência entre o fim a ser alcançado e o meio empregado que seja juridicamente a melhor possível.

Diferencia-se do exame de necessidade, no sentido de que enquanto neste se busca a otimização com relação às possibilidades fáticas, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, busca-se a otimização de possibilidades jurídicas.“

Tendo isso em vista, há a necessidade de se estar em frente ao caso concreto para poder analisar a questão da proporcionalidade, mas em linhas gerais é essencial que o Poder Público, os pais ou responsáveis pelas crianças e a sociedade civil estejam engajados na resolução desses problemas que afligem uma grande quantidade de crianças, hipervulneráveis e hipossuficientes frente à publicidade de alimentos não nutritivos, e nesse ponto, se verificada a proporcionalidade certamente não haverá afronta às normas constitucionais brasileiras. (AFONSO DA SILVA, 2012, p. 28).

Claro que os limites dessa restrição precisam sempre ser observados, ainda que sejam em prol de outros direitos fundamentais, não se podem exceder os limites do ponto de vista técnico-jurídico do que seja uma restrição. (MARIENHOF, 1960, p. 47 apud ARAGÃO, 2006, p. 14)

Portanto, existirão várias formas de regulamentação possíveis para que exista a proporcionalidade e conseqüentemente seja constitucional essa restrição da publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança. Cabe ao Poder Público, por meio de esforços conjuntos, principalmente com o auxílio da sociedade civil e certamente também com a participação dos principais atores dessa atividade comercial que certamente não querem ver seus lucros despencarem. Só por meio de uma discussão e análise exaustiva se chegará a um ponto de equilíbrio de uma restrição adequada, necessária e proporcional.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é inegável que uma restrição à publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança é perfeitamente possível e constitucional, se forem respeitadas as condições de forma, competência e principalmente a proporcionalidade da medida. Vários tipos de restrição podem ser constitucionais, então caberá ao Poder Legislativo, com o auxílio da sociedade civil e dos demais órgãos responsáveis pela proteção do consumidor e da criança, elaborarem um diploma normativo específico para essa finalidade que certamente trará enormes benefícios para a saúde, a alimentação e a infância dos pequenos.

Recapitulando-se o que foi abordado ao longo de todo esse trabalho. Primeiro configurou-se evidente a relação entre a publicidade infantil de alimentos não nutritivos e os problemas de consumismo e obesidade infantil. Embora não seja a única causa desses e de outros problemas relacionados à infância, a publicidade desse gênero é um dos principais fatores nessa equação.

Apesar disso, a restrição da publicidade não pode ser a única medida a ser tomada como solução de todos esses problemas, é necessário que o combate à obesidade infantil e aos outros riscos decorrentes do consumo em demasia de alimentos e bebidas com baixo valor nutricional seja enfrentado pela família e pelos educadores, através da educação e do exercício do poder familiar e da implantação de ambientes infantis livres de publicidade, pelo Estado, através da promoção de políticas públicas que resguardecam essa proteção, bem como do seu poder fiscalizatório e punitivo, e da sociedade, em especial dos fabricantes, publicitários e da mídia, através de uma postura ética e comprometida com o direito à prioridade absoluta da criança garantido na Constituição Federal.

Na segunda parte do primeiro capítulo, foi abordado de que forma esse tema é tratado no ordenamento jurídico brasileiro, e sem dúvidas também se comprovou que a autorregulamentação não é o caminho mais adequado para se combater os abusos provenientes desse tipo de publicidade, e embora existam no ordenamento jurídico brasileiro disposições que apresentam com clareza a necessidade de proteção da criança frente a esse tipo de publicidade, muitas vezes elas não são respeitadas ou possuem uma interpretação não condizente com o papel prioritário de proteção da criança, principalmente quando na posição de consumidor, ainda que não devesse estar nessa condição. Contudo, já se vê um certo avanço na medida em que alguns projetos de lei buscam apresentar e delimitar com maior clareza essa necessidade de

restrição da publicidade de alimentos não nutritivos voltada ao público infantil.

Também é importante destacar que os setores contrários a qualquer restrição nesse âmbito, apresentam uma série de argumentos que tentam impedir a implantação desse tipo de medida restritiva. Entre eles, principalmente os argumentos de que uma restrição nesse sentido é um atentado à liberdade de expressão e que uma provável restrição é um excessivo paternalismo estatal, que iria usurpar a responsabilidade exclusiva das mães e dos responsáveis pela educação das crianças. (AFONSO DA SILVA, 2012, p. 7)

Diante desse aspectos, buscou-se demonstrar que a liberdade de expressão é algo bem maior que a atividade publicitária de alimentos não nutritivos dirigida à criança, e que uma restrição desta não importa em um atentado àquela, o que ocorre na verdade é um exercício de ponderação, como foi tratado na terceira parte do primeiro capítulo dessa presente monografia, há uma colisão clara entre direitos fundamentais, porém a restrição a apenas esse tipo de atividade publicitária não configura censura nem ofensa à liberdade de expressão, é na verdade um caminho adequado, necessário e provavelmente proporcional à defesa de direitos fundamentais da criança.

Quanto ao argumento de excesso de paternalismo e usurpação do poder familiar pelo Estado, que segundo os defensores dessa corrente retira dos pais a responsabilidade de decidir sobre a dieta dos filhos, acontece justamente o contrário. A restrição aqui trabalhada é a da publicidade dirigida às crianças, ou seja, os pais e as mães continuarão podendo receber esse tipo de informações e conseguirão julgar o que pode ser melhor ou pior para a alimentação da sua família. Além disso, ficará muito mais fácil a educação alimentar das crianças que terão como parâmetro basicamente o que lhes é direcionado pelos pais, sem a influência externa da indústria de alimentos ou bebidas indicando o que eles consideram como prioritário na alimentação dos menores.

Além disso, é cada vez mais comum uma formação familiar na qual os provedores da família precisam trabalhar fora de casa todos os dias para o seu sustento, sendo assim as crianças ficam sozinhas ou a maior parte do tempo no ambiente escolar, muitas vezes sendo amparadas pelos meios de comunicação cada vez mais onipresentes e veiculando o tempo todo conteúdo, inclusive publicidade. Portanto, diante dessa justificável "ausência" parental, nada mais correto que a inserção do Estado como garantidor dessa proteção à criança.

Nesse aspecto, expõe Virgílio Afonso da Silva (2012, p. 5):

*"Quando se restringe a publicidade de determinados produtos ao público infantil, não se restringe, com isso, a liberdade que as famílias têm de definir a alimentação (ou os hábitos de consumo) de seus filhos e filhas. Se alguns pais e mães entendem que comer batata frita com refrigerante e sorvete é algo que deve ser permitido a seus filhos apenas*

*uma vez ao mês, enquanto outros pensam que isso pode ocorrer uma vez por semana, enquanto outros não impõem limitação alguma, porque confiam no bom senso de seus filhos e filhas, essa é uma liberdade que permanece intacta. E ela permanece intacta mesmo que a publicidade desses produtos seja restringida ou vedada por completo (da mesma forma que a proibição de um professor negar a teoria da evolução não implica uma menor liberdade dos pais para contar outra história a seus filhos e filhas).“*

O segundo capítulo desta monografia procurou retratar como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça se posicionaram diante do problema da publicidade de alimentos ou bebidas com baixo valor nutricional dirigida à criança. Sendo importante destacar que a colocação do STJ nesse sentido foi exemplar, ao perceber todas as nuances presentes nesse tema tão delicado e a necessidade de ampla divulgação da decisão que foi tomada naquele caso concreto, como forma de direcionar novas decisões para esse mesmo caminho, qual seja, o da verificação de ilegalidade e abusividade na prática da publicidade que é direcionada à criança, que em muitos casos incorre em violação do artigo 37, parágrafo segundo do Código de Defesa do Consumidor.

No terceiro capítulo, voltou-se a necessidade de aferição dos elementos relativos à proporcionalidade como medida necessária para a análise da constitucionalidade de uma restrição a algum direito garantido na Constituição. E mais uma vez, ficou demonstrado que a restrição pode ser uma boa solução para a defesa dos direitos da criança, de uma forma que haja um ganho para toda a sociedade, mesmo com um pequena restrição à publicidade, que indiretamente é uma pequena restrição à liberdade de expressão comercial.

Ao que tudo indica, o Supremo Tribunal Federal deve se posicionar em breve a respeito do tema por meio do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário que foi abordado no último caso do segundo capítulo, e provavelmente deve ser uma vitória dos direitos da criança se de uma vez por todas for definido que esse tipo de publicidade abusiva pode sim sofrer restrição.

E por outro lado, a indústria de alimentos e todos os demais responsáveis por promoverem esse tipo de campanha publicitária não devem encarar isso apenas como uma derrota ou como a proibição de um direito deles, devem ver isso sob o aspecto de que a proteção da criança e dos jovens pode ser também uma promoção, um outro nicho em que eles podem desenvolver sua publicidade de maneira ética, segura, preocupada com esses valores e voltada para o público que realmente tem o discernimento de entender aquilo que lhe é veiculado, da mesma forma que também podem promover outros tipos de campanhas para as crianças e os jovens, inclusive deixando-os familiarizados com a mídia e com a publicidade desde cedo, mas que o

conteúdo dessa aproximação seja construtivo.

A grande mídia tem um papel importantíssimo em tudo isso, ela deve ser responsável por disseminar cada vez mais informações e materiais de cunho social e educacional, que preencha esse vazio deixado pela restrição da publicidade infantil de alimentos não nutritivos. Desenvolver esse respeito aos direitos humanos e à liberdade nas crianças desde cedo é, sem dúvida, muito mais enriquecedor para uma sociedade do que formar crianças que se pautam pelo consumo e pela reprodução de hábitos prejudiciais à saúde e à infância. (FEILITZEN; CARLSSON, 2002, p. 35)

Certamente este estudo aqui apresentado não é capaz de resumir sozinho todas as informações necessárias à análise da constitucionalidade de uma restrição à publicidade de alimentos não nutritivos dirigida à criança. Porém, é de suma importância na continuidade desse debate e na busca de formar opiniões mais claras a respeito desse tema, objetivando sempre que um benefício social possa aparecer a partir de todos os esforços que convergem para essa proteção da criança e do jovem na sociedade brasileira.

## REFERÊNCIAS

ABIR. *Diretrizes ABIR sobre Marketing para Crianças*. Abril de 2016. Disponível em: <<http://abir.org.br/a-abir/diretrizes-abir-sobre-marketing-para-criancas-abril-2016/>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

ABREU, C. S. *Análise de propagandas destinadas ao público infantil em canal aberto*. 2004. 38 p. Monografia (Especialização em Gastronomia e Segurança Alimentar) – Centro de Excelência em Turismo, Universidade de Brasília, Brasília.

ACT. *Opinião Sobre a Regulação de Alimentos Ultraprocessados*. Pesquisa Instituto Datafolha. Setembro de 2016.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas não Alcoólicas voltada ao Público Infantil*. São Paulo, 26 abr. 2012. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20120705-03.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120705-03.pdf)>. Acesso em 25 nov. 2016.

AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS. *Publicidade para crianças agrava a obesidade infantil, dizem especialistas*. 21/03/2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/amaranoticias/noticias/SAUDE/464270-PUBLICIDADE-PARA-CRIANCAS-AGRAVA-OBESIDADE-INFANTIL,-DIZEM-ESPECIALISTAS.html>> Acesso em 30 jan. 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros,. 2008.

ARAUJO, P. S. *A limitação da liberdade de expressão comercial pelo Estado*. Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014. 27 p. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2014/trabalhos\\_12014/PhilipeSalomsaoAraujo.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/PhilipeSalomsaoAraujo.pdf)>. Acesso em: 31 jan. 2017.

ARAGÃO, Alexandre S. *Liberdade de Expressão Comercial*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006.

BENJAMIN, A.H. de V e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

BAHIA. Lei nº 13.582 de 14 de setembro de 2016. *Regulamenta a publicidade infantil de alimentos no Estado da Bahia*. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/>>. Acesso em 30 jan. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *Liberdade de expressão e critérios de ponderação*. In. SARLET, Ingo (Org.) *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre:



Livraria do Advogado, 2007, p. 82-83.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.265.

BARROSO, Luis Roberto. *Liberdade de Expressão, Direito à informação e banimento da publicidade de cigarro*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 224, 2001. p. 36-50.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 28 jan. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. *Nota Técnica nº 3/2016/CGEMM/DPDC/SENACON*. Brasília, 11 de maio de 2016. 11p. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nt-003-2016.pdf>>. Acesso em 27 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Guia alimentar para a população brasileira*. 2ª ed. 1ª reimpr. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia\\_alimentar\\_populacao\\_brasileira\\_2ed.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_alimentar_populacao_brasileira_2ed.pdf)>. Acesso em: 17 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Recurso Especial nº 1.558.086/SP. Ministério Público do Estado de São Paulo e Pandurata Alimentos Ltda. Relator: Humberto Martins. 15 de abril de 2016. Diário Eletrônico do STJ de 15/04/2016 Fl. 1470-1479. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/6.-Ac%C3%B3rd%C3%A3o-do-RESP.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2017.

BRITTO, Igor Rodrigues. *Infância e publicidade: proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo*. Curitiba: CRV, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 262 e ss.

CARLSSON, U. (Ed). *Regulation, awareness, empowerment: young people and harmful media content in the digital age*. Göteborg: Göteborg University, 2006. 286 p. Disponível em <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.737.5505&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em 30 nov. 2016.

CASTRO, C. F. de P. *O Superior Tribunal de Justiça e a publicidade comparativa desleal: um paradigma para o direito de marcas?*. 2015. 64 p. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

COSTA NETO, João. *Dignidade Humana na visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 200p.

COSTA, R. P. N. Proporcionalidade: Uma clarificação do conceito. In: Revista da AGU, v. 8, n. 22, p. 293-321, out/dez, 2009. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/](http://www.agu.gov.br/page/download/index/)>. Acesso em: 17 fev. de 2016.

ENES, C. C.; SLATER, Betzabeth. *Obesidade na adolescência e seus principais fatores determinantes*. Rev. bras. epidemiol., São Paulo, v. 13, n. 1, p. 163-171, Mar. 2010. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-790X2010000100015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2010000100015&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 20 Jan. 2017.

FEILITZEN, C. V.; CARLSSON, U. (Ed.). *Children, young people and media globalisation*. Göteborg: Göteborg University, 2002. 262 p. Disponível em: <[http://www.nordicom.gu.se/sites/default/files/publikationer-hela-pdf/87\\_yearbook\\_2002.pdf](http://www.nordicom.gu.se/sites/default/files/publikationer-hela-pdf/87_yearbook_2002.pdf)>. Acesso em 30 nov. 2016.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da Comunicação Social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 368 p.

HENRIQUES, I. V. M. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. 238 p.

\_\_\_\_\_. *Entrevista com Isabella Vieira Machado Henriques*: depoiment. [7 de fevereiro, 2011]. Revista Tavola Online. Entrevista concedida a Taylisi Leite e Luis Fernando Scozzafave de Souza-Pinto. Disponível em< <http://www.grupoverdecienca.com.br/revista/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/entrevista-com-isabella-vieira-machado-henriques.pdf>>. Acesso em 26 jan. 2017.

INSTITUTO ALANA. (Dist. e trad.). *Crianças sem marca: dicas para os pais que vivem em uma cultura de consumo*. 2016. Disponível em: <[http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/dlm\\_uploads/2016/05/CriançasSemMarca\\_KidsUnbranded.pdf](http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2016/05/CriançasSemMarca_KidsUnbranded.pdf)>. Acesso em 30 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Entenda a resolução que define a abusividade da publicidade infantil*. 17/04/2014. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/noticias/entenda-a-resolucao-que-define-a-abusividade-da-publicidade-infantil/>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. *Bahia regulamenta publicidade de alimentos para crianças*. 19/10/2016. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/noticias/bahia-regula>>.

menta-publicidade-de-alimentos-para-criancas/>. Acesso em: 30 jan. 2017.

LIRA, L. C. E. *A publicidade destinada a crianças: uma análise de discurso crítica*. 2015. 195 p. Tese (Doutorado em Linguística) – Instituto de Letras, Universidade de Brasília, Brasília.

LOPES, C. A. L. *Legislação de proteção de crianças e adolescentes contra publicidade ofensiva: a situação do Brasil e o panorama internacional*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2010.

MARTINEZ, S. R. *Revista de Direito do Consumidor: o ambiente conceitual da publicidade de consumo e de seu controle no Brasil*. São Paulo, v. 58, abr./jun. 2006. p. 223-254.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A Boa-Fé como Parâmetro da Abusividade no Direito Contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2001. p.317-318.

MIRAGEM, B. N. B. *A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA)*. São Paulo, 2014. Disponível em: <[http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Parecer\\_ProfBrunoMiragem.pdf](http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf)>. Acesso em 30 nov. 2016.

MONTEIRO, M. C. S. *A autorregulamentação em xeque: a legitimidade do CONAR e a participação da esfera pública na discussão da publicidade dirigida à criança*.

MUNIZ, E. *Publicidade e propaganda: origens históricas*. Caderno Universitário Nº 148, Canoas: Ed.ULBRA. 2004. Disponível em: <http://www.eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.

NASCIMENTO, P. C. B. D. *A influência da televisão nos hábitos alimentares de crianças e adolescentes*. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Revista de Direito do Consumidor: os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor*. São Paulo, n. 3, ser./dez. 1992. p. 44-77.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 936 p.

RABAÇA, C. A.; BARBOSA, G. *Dicionário de comunicação*. São Paulo: Ática, 1987.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Privado. EMENTA: Consumidor e publicidade - Refrigerante Coca-Cola e riscos de obesidade pelo exagerado consumo - Não obstante possa incluir a ingestão de

refrigerantes calóricos entre as causas que explicam o excesso de peso, já considerado em estudos como epidêmica em alguns países, não se justifica restringir o marketing do fabricante, impedindo que implemente campanhas publicitárias voltadas ao público infantil, pela impossibilidade de caracterizar a estratégia comercial como publicidade enganosa, sendo já sensato exigir que investimentos se façam na área da educação para o consumo racional, inclusive dos pais e educadores, ao invés de práticas interditas que, nesse contexto, se aproximam dos atos de censura de atividades licenciadas - Não provimento. Apelação nº 0125013-34.2008.8.26.0000. Ministério Público do Estado de São Paulo e Coca-Cola Indústrias Ltda. Relator: Desembargador Ênio Zuliani. 3 de setembro de 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Público. EMENTA: MULTA ADMINISTRATIVA. Sanção cominada pelo PROCON em razão de publicidade considerada abusiva Veiculação da comercialização de lanches e brinquedos atrelados a ocasiões de convívio - Kit “Mc Lanche Feliz” - Abusividade não verificada, não comportando interpretação literal o disposto na Resolução nº 163/2014 do CONANDA. Responsabilidade familiar pela educação dos filhos que não pode ser absorvida pelo Estado em todas as hipóteses, em paternalismo injustificável. Precedente jurisprudencial. Apelação do PROCON não provida. Apelação nº 0018234-17.2013.8.26.0053. PROCON e Arcos Dourados Indústria de Alimentos LTDA. Relator: Firmino Magnani Filho. 29 de junho de 2015.

SAMPAIO, I. S. V.; CAVALCANTE, A. P. P., (Coord.). *Publicidade infantil em tempos de convergência: relatório final*. Universidade Federal do Ceará, 2016. 295p.

SARMENTO, Daniel.; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, B. S. C. e. *Publicidade que alimenta: a necessidade de regulamentar a publicidade de alimentos direcionada a crianças*. 2011. 85 p. Monografia (Graduação em Comunicação Social) – Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, Brasília.

SILVA, D. F. da. *Publicidade Infantil: limites e proibições à luz dos direitos da criança no ordenamento jurídico face à ineficiência da autorregulamentação*. Infância & Consumo: estudos no campo da comunicação. Brasília, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 34.

SPANIOL, Ana Maria. *Influência da publicidade de alimentos sobre a escolha alimentar de crianças e adolescentes de escolas públicas do Distrito Federal*. 2014. 168 p. Dissertação (Mestrado em Nutrição) – Departamento de Nutrição, Universidade de Brasília, Brasília.

THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008. 293 p.

VARGAS, R. M. de. *Publicidade televisiva de alimentos e obesidade infantil*. 2006. 47 p. Monografia (Especialização em Qualidade de Alimentos) – Centro de Excelência em Turismo, Universidade de Brasília, Brasília.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Report of the commission on ending childhood obesity*. Geneva: WHO Press, 2016. 50 p. Disponível em: <[http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/204176/1/9789241510066\\_eng.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/204176/1/9789241510066_eng.pdf?ua=1)>. Acesso em 27 jan. 2017.